

حاشيتا بن عابد

رد المحتار على الدر المنحار

لمحمد أمين بن عيسى الشيرازي عابد

المتوفى سنة ١٢٥٢ هـ

حَقَّقَ نَصُوْصَهُ وَهَوَّلُوْهُ عَلَيْهِ ثَلَاثَةُ مِنَ الْبَاحِثِيْنَ بِإِشْرَافِ

الدكتور حسام الدين بن محمد صالح فرفور

رئيس قسم الدراسات التخصصية في معهد جمعية الفتح الإسلامي

قَدَّمَ لَهُ

نسخة الأستاذ
محمد سعيد رمضان البطوي

نسخة الأستاذ
عبد الزراق الجبلي

طَبَعَتْ مَقَابِلُهُ عَلَى ثَلَاثِ نَسَخٍ خَطِيَّةٍ مَسْقُوْلَةٍ عَنْ أَصْلِ الْمُؤَلِّفِ
مَعَ تَوْثِيْقِ النَّصُوْصِ فِي مَصَادِرِهَا الْخَطُوْطِيَّةِ وَالْمَطْبُوْعَةِ
« مُصَافًا إِلَيْهَا تَقْرِيرَاتُ الرَّافِعِي فِي مَوَاضِعٍ مِمَّا لَا خُجَاةَ »

معهد جمعية الفتح الإسلامي دمشق

شعبة البحوث والدراسات

الجزء السادس عشر

قسم المعاملات

الكفالة الخوالة

القضاء الحبس

التحكيم كتاب القاضي

إلى القاضي

دار الثقافة
دمشق - سورية

حَاشِيَةُ ابْنِ عَابِدِينَ

رد المحتار على الدر المنثور



الموضوع: الفقه الحنفي
العنوان: حاشية ابن عابدين "رد المحتار على الدر المختار"
التأليف: محمد أمين بن عمر الشهير بابن عابدين
التحقيق: الدكتور حسام الدين بن محمد صالح فرفور
الإخراج: بهاء أنور القباني
الإشراف الطباعي: مكتب دار الثقافة والتراث للتحقيق
التنفيذ: مؤسسة الرازي للطباعة والتجليد
عدد الصفحات: ٦٣٠ صفحة

قياس الصفحة: ٢٨ × ٢١

عدد النسخ: ١٠٠٠ نسخة / ٢٠٠٥ م

موافقة وزارة الإعلام رقم: ٤٩٠٧٥ بتاريخ ٩/١٠/٢٠٠٠ م

جميع الحقوق محفوظة للمحقق الدكتور حسام الدين فرفور
يمنع طبع هذا الكتاب أو جزء منه بكل طرق الطبع والتصوير والنقل
والترجمة، والنسخ والتسجيل الميكانيكي أو الإلكتروني أو الحاسوبي
إلا بإذن خطي من:

دار الثقافة والتراث - دمشق - سورية ص. ب. ٨٢٣٥

هاتف: ٤٦٦٤٠٨٦ - ٤٦٣٧١٢٣١ - ٤٦٣٧١٢٣٢

فاكس: ٤٦٣٧١٢٣٠

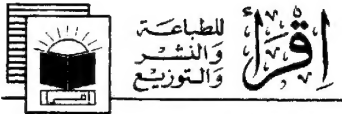
الطبعة الأولى

١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠ م

يطلب من: دار الثقافة والتراث بدمشق للطباعة والنشر والتوزيع ص. ب. ٨٢٣٥

البريد الإلكتروني: info@thakafawaturath.com

الموزعون:



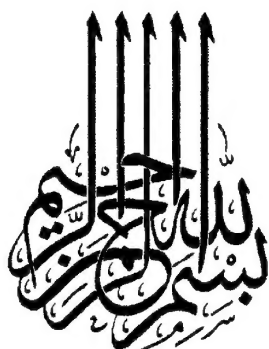
سوريا - دمشق - جهاز شارع مسلم البارودي - بناء فندق سلطان
هاتف/فاكس: ٢٢٣٩٠٣١ - ص. ب: ٥٩٥٧



دار البشائر
للطباعة والنشر والتوزيع
رئيس مجلس إدارته: هاتف: ٣٣١٦٦٦٨/٩



دمشق - ص. ب. ٢٢٢٥ - هاتف: ٢٢٢٨٩٩٠ - ٢٢٢١٧٧٧ - فاكس: ٢٢٢٣٣٠٥
e-mail: mzd @ net.sy
بورت - ص. ب. ١١٧٤٠ - هاتف: ٢١٩٠٢٩٩ - ٢١٩٠١١٢ - فاكس: ٢١٩٠١١٥
عصاف - ص. ب. ١٨٢٠٧٧ - هاتف: ٤١٥٩٨٩١ - ٤١٥٩٨٩٢ - فاكس: ٤١٥٩٨٩٣
الغرفة - ص. ب. ٩٣٢ رقم ١١٥١١ - هاتف: ٢٩٠١٧٢٧ - فاكس: ٢٩٥٦٨٠٤
الرباط - ص. ب. ٥٦٥٧٩ رقم ١١٦٥٤ - هاتف: ٤٠٢٥١٩٧ - فاكس: ٤٠٢٢٦٦٥
البحر - ص. ب. ٥٤٤ - هاتف: ٢٧٥٣٢٢ - فاكس: ٢٧٥٣٢٢



المشرف على التحقيق

الدكتور حسام الدين بن محمد صالح فرفور

رئيس قسم الدراسات التخصصية في معهد الفتح الإسلامي

شارك في التحقيق

أحمد السيد أحمد	خضر شحرور	أيمن شعباني	أحمد سامر القباني
محمد شحرور	عبد القادر علي بلمو	أحمد الطرشان	رامز القباني
محمد نزار حيدر	نوري الجمل	غسان الحجاز	محمد القباني
رضوان محفوض	محمد وائل حنبلي	خالد القصير	قتيبة القباني
	محمد جمعة	ذكوان غبيس	

خرج أحاديثه

رياض الخرقى

﴿كتاب الكفالة﴾

مناسبتها للبيع لكونها فيه غالباً، ولكونها بالأمر معاوضةً انتهاءً. (هي لغة: الضَّمُّ،

﴿بسم الله الرحمن الرحيم﴾

﴿كتاب الكفالة﴾

[٢٥٣١٦] (قوله: لكونها فيه غالباً) الأولى حذف اللام، "ط"^(١). والأولى أيضاً كونها عَقِبَهُ غالباً، قال في "الفتح"^(٢): [١٥٩٥/٣ ب] ((أوردَها عَقِبَ الْيُبُوعِ؛ لأنها غالباً يَكُونُ تَحْقُوقُهَا فِي الْوُجُودِ عَقِبَ الْبَيْعِ، فَإِنَّهُ قَدْ لَا يَطْمَئِنُّ الْبَائِعُ إِلَى الْمُشْتَرِي فَيَحْتَاجُ إِلَى مَنْ يَكْفُلُهُ بِالثَّمَنِ، أَوْ لَا يَطْمَئِنُّ الْمُشْتَرِي إِلَى الْبَائِعِ فَيَحْتَاجُ إِلَى مَنْ يَكْفُلُهُ فِي الْمَبِيعِ وَذَلِكَ فِي السَّلَمِ، فَلَمَّا كَانَ تَحْقُوقُهَا فِي الْوُجُودِ غَالِباً بَعْدَهَا أوردَها فِي التَّعْلِيمِ بَعْدَهَا)).

[٢٥٣١٧] (قوله: ولكونها إلخ) عبارة "الفتح"^(٣): ((ولها مناسبة خاصة بالصرف، وهي أنها تصير بالأخيرة^(٤) معاوضة عما ثبت في الذمة من الأثمان، وذلك عند الرجوع على المكفول عنه. ثم لزم تقديم الصرف لكونه من أبواب البيع السابق على الكفالة)).

[٢٥٣١٨] (قوله: هي لغة: الضَّمُّ) قال تعالى: ﴿وَكَفَّلَهُ زَكَرِيَّا﴾^(٥) (آل عمران: ٣٧) أي: ضمها إلى نفسه، وقال عليه الصلاة والسلام: «أنا وكافل اليتيم كهاتين»^(٦)، أي: ضام اليتيم إلى نفسه.

﴿كتاب الكفالة﴾

(قوله: عبارة "الفتح": ولها مناسبة خاصة بالصرف إلخ) ولما كانت المناسبة الثانية عامة في ذاتها لأنواع اليُبُوعِ راعى "الشَّارحُ" عمومها ولم يسلك مسلك غيره.

(١) "ط": كتاب الكفالة ١٤٥/٣.

(٢) "الفتح": كتاب الكفالة ٢٨٢/٦ - ٢٨٣.

(٣) "الفتح": كتاب الكفالة ٢٨٣/٦.

(٤) في "ب" و"م": ((بِالْآخِرَةِ)) عَدَّ الْهَمَزَةَ.

(٥) هي قراءة أبي جعفر ونافع وابن كثير وابن عامر وأبي عمرو ويعقوب. انظر "الميسوط في القراءات العشر": ص ١٤٢ - ١٤٣.

(٦) روى يعقوب بن عبد الرحمن، وعبد العزيز بن أبي حازم عن أبي حازم عن سهل بن سعد، قال رسول الله ﷺ: ((أنا وكافل اليتيم كهاتين)). وأشار بالسبابة والوُسْطَى، وفَرَّقَ بينهما قليلاً.

- أخرجه البخاري في "صحيحه" (٥٣٠٤) في الطلاق - باب اللعان، و(٦٠٠٥) في الأدب - باب فضل من يقول يتيمًا، وفي "الأدب المفرد" (١٣٥)، وأبو داود (٥١٥٠) في الأدب - باب في من صمَّ اليتيم، والترمذي (١٩١٨) في البر - باب في رحمة اليتيم وكفاليته، وأحمد ٣٣٥/٥، وأبو يعلى في "مسنده" (٧٥٥٣) - وعنه ابن حبان كما في "الإحسان" (٤٦٠)، والرويانى (١٠٦٧)، والطبراني في "الكبير" (٥٩٠٥)، والبيهقي في "الكبرى" ٢٨٣/٦، وفي "الشعب" (١١٠٢٦)، والقضاعي في "مسند الشهاب" (٣٣٢).

وروى عبد الرزاق (٢٠٥٩٢) عن معمر في "الجامع" عن إسماعيل بن أمية عن رجل عن أبي هريرة قال قال رسول الله ﷺ: ((الساعي على الأرملة والمسكين كالمجاهد في سبيل الله، أو كالقاتل ليلته والصائم نهاره، وأنا وكافل اليتيم المصلح يوم القيامة في الجنة)). ورواه إسحاق بن راهويه في "مسنده" (٣٧٤) عن عبد الرزاق عن معمر عن إسماعيل قال: قال أبو هريرة به، وروى الحميدي (٨٦٢) عن سفيان عن إسماعيل بن أمية قال:

أثبت لي أن رسول الله ﷺ قال: ((أنا وكافل اليتيم له ولغيره في الجنة إذا اتقى كهاتين)) وأشار الحميدي بأصبعيه.

ورواه محمد بن صدران: قال: حدثنا الفضل بن الغلاء، قال: حدثنا إسماعيل بن أمية عن محمد بن قيس عن أبيه عن أبي هريرة قال رسول الله ﷺ: ((الساعي على الأرملة والمسكين كالمجاهد في سبيل الله، أو كالقاتل ليلته الصائم نهاره، وكافل اليتيم له أو لغيره إذا اتقى أنا وهو في الجنة كهاتين)) يعني إصبعيه: السبابة والوسطى.

أخرجه الطبراني في "الأوسط" (١٢٣٧) ثم قال: لم يرو هذا الحديث عن إسماعيل إلا الفضل. ومحمد بن صدران: هو ابن إبراهيم بن صدران، أبو جعفر البصري، قال أبو داود: ثقة، وقال النسائي: لا بأس به، وقال أبو حاتم: شيخ صدوق، وذكره ابن حبان في "الثقات".

والفضل بن الغلاء: قال علي بن المديني: ثقة، وذكره ابن حبان في "الثقات"، وقال أبو حاتم: شيخ يكتب حديثه، وقال ابن معين والنسائي: لا بأس به، وقال الذارقطني: كان كثير الوهم.

ومحمد بن قيس المدني: قاص عمر بن عبد العزيز، قال ابن سعد: كان كثير الحديث عالمًا، وقال يعقوب بن سفيان وأبو داود: ثقة، وذكره ابن حبان في "الثقات". وقد تفرّد بالرواية عن أبيه.

ورواه مالك عن نوري بن زيد عن أبي الغيث عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال: ((الساعي على الأرملة والمسكين كالمجاهد في سبيل الله))، وأحسبه قال: ((وكالقاتل لا يفتّر، وكالصائم لا يفطر))، بدون هذه الزيادة، أخرجه البخاري (٦٠٠٧) في الأدب - باب الساعي على الأرملة والمسكين، و"الأدب المفرد" (١٣١)، ومسلم (٢٩٨٢ - ٢٩٨٣) في الزهد - باب الإحسان إلى اليتيم والأرملة، والبيهقي ٢٨٣/٦.

وروى سعيد بن أبي أيوب عن يحيى بن أبي سليمان عن زيد بن أبي غناب عن أبي هريرة: أن رسول الله ﷺ قال: ((خير بيت في المسلمين بيت فيه يتيم يحسن إليه، وشر بيت في المسلمين بيت فيه يتيم يساء إليه)). ثم قال بإصبعيه: ((أنا وكافل اليتيم في الجنة هكذا، وهو يُشير بإصبعيه)).

أخرجه البخاري في "الأدب المفرد" (١٣٧)، وابن المبارك في "الزهد" (٦٥٤)، وعنه المزني في "تهذيب الكمال" ٨٨/١٠، وعبد بن حميد في "مسنده" (١٤٦٧) وابن ماجه (٣٦٧٩) في الأدب - باب حق اليتيم.

ورواه مالك عن صفوان بن سليم أنه بلغه أنَّ النَّبِيَّ ﷺ، فذكر نحوه.

أخرجه مالك في "الموطأ" ٩٤٨/٢ في الجامع - باب في السنة في الشعر، وعنه ابن المبارك في "الرهد" (٦٥٣) والبخاري (٦٠٠٦) في الأدب - باب الساعي على الأرملة والمسكين، والبيهقي في "الكبرى" ٢٨٣/٦، وفي "الشَّعْب" (١١٠٢٧).

وقال ابن أبي حاتم في "العلل": سألت أبي وأبا زُرْعَةَ عن حديث رواه مالك عن صفوان بن سليم عن عطاء بن يسار: أنَّ رسولَ الله ﷺ فذكره، فقالا: روي عن ابن عتيبة هذا الحديث عن صفوان عن أنيسة عن أم سعيد بنت مَرَّة عن أبيها عن النبي ﷺ، فقالا: هذا أشبه بالصواب.

ورواه الحميدي وسعيد بن منصور ومُسَدَّد وعمر بن علي وعبد الله بن محمد وإسحاق بن إسماعيل الأيلي كلهم عن سفيان ثنا صفوان بن سليم عن امرأة يقال لها: أنيسة عن أم سعيد بنت مَرَّة الفهرية عن أبيها: أنَّ رسولَ الله ﷺ قال: ((أنا وكافلُ اليتيم له أو لغيره في الجنة كهاتين)). وأشار سفيان بإصبعيه.

أخرجه الحميدي (٨٦١)، والبخاري في "الأدب المفرد" (١٣٣)، والحاثر بن أبي أسامة في "مسنده" كما في "بغية الباحث" (٩٠٤)، والرويان (١٤٨٣)، وابن أبي عاصم في "الآحاد والمثاني" (٨٣٨)، وابن قانع في "معجم الصحابة" (١٠٠٦)، والطبراني في "الكبير" ٢٠/٧٥٨، وفي "مكارم الأخلاق" (١٠٢)، والبيهقي ٢٨٣/٦، وابن عبد البر في "المتهجد" ١٦/٢٤٥ و٢٤٦، والمزي في "تهذيب الكمال" ٢٧/٣٨٣.

قال السَّوَيْ في "المعرفة والتاريخ" ٢/٧٠٦: قال الحميدي: قيل لسفيان: فإن عبد الرحمن بن مهدي يقول: إنَّ سفيان أصوبُ في هذا الحديث من مالك، قال سفيان: وما يُدريه؟ أدرك صفوان؟ قالوا: لا، ولكنه قال: إنَّ مالكاً قاله عن صفوان عن عطاء بن يسار، وقاله سفيان عن أنيسة عن أم سعيد بنت مَرَّة عن أبيها، فمن أين جاء بهذا الإسناد؟ فقال سفيان: ما أحسنَ ما قال! لو قال لنا: صفوان عن عطاء بن يسار كان أحسنَ علينا مِن أن يجيء بهذا الإسناد الشديد.

وتابعه محمد بن جحادة عن محمد بن عجلان عن بنت لمرة عن أبيها: أنَّ النَّبِيَّ ﷺ قال: ((كافلُ اليتيم له أو لغيره إذا اتقى معي في الجنة كهاتين))، يعني: المُسَبَّحة والوُسطى.

أخرجه الطبراني في "الكبير" (٧٥٩).

ورواه إسحاق بن إبراهيم الحنظلي عن مالك بن أنس عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه عن أبي أمامة قال: سمعتُ رسولَ الله ﷺ يقول: ((أنا وكافلُ اليتيم في الجنة كهاتين، وأشار بإصبعيه التي تلي الإبهام والوسطى)).

أخرجه الرويان في "مسنده" (١١٩٧)، والطبراني في "الكبير" (٨١٢٠)، وأبو نعيم في "حلية الأولياء" ٣٤٩/٦ - ٣٥٠.

قال أبو نعيم: غريبٌ من حديث مالك عن عبد الرحمن، تفرد به الحنظلي.

وحكى "ابن القطّاع": ((كَفَلْتُهُ وَكَفَلْتُ بِهِ وَعَنَهُ))، وتثليث الفاء.....

وفي "المغرب"^(١): ((وتركيبه يذُلُّ على الضَّمِّ والتَّضْمِينِ)).

[٢٥٣١٩] قوله: كَفَلْتُهُ وَكَفَلْتُ بِهِ وَعَنَهُ) أي: يتعدى بنفسه وبـ ((الباء)) وبـ ((عن))، وفي "القَهْستاني"^(٢): ((و^(٣) يتعدى إلى المفعول الثاني في الأصل بـ ((الباء)) فالمكفول به الدّين، ثم يتعدى بـ ((عن)) للمدبُون، وبـ ((اللام)) للدّائِن)).

[٢٥٣٢٠] قوله: وتثليث الفاء) مقتضاه أنّ "ابن القطّاع" حكاه، وليس كذلك،

(قوله: مقتضاه أنّ "ابن القطّاع" حكاه، وليس كذلك) يمكن أن يقال: إنّ قوله: ((وتثليث إلخ)) جملة معطوفة على قوله: ((وحكى "ابن القطّاع" إلخ)) أي: ويجوز فيها تثليث إلخ، من "السّندي".

والْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي هَدَانَا لِهَذَا وَمَا كُنَّا لِنَهْتَدِيَ لَوْلَا إِذْهَارُ يُرِيتُ أَحْمَدَ بْنَ صَالِحٍ لا يرضاه، قال التّيسّي: كان مالكٌ يَعْظُمُهُ وَيُكْرِمُهُ! وقال أبو زُرْعَةَ: صالح، يعني: في دينه لا في حديثه. قال ابنُ عَدِيٍّ: وهو مع ضعفه يَكْتُبُ حديثه، وكأنّه دخلَ عليه ما رواه يحيى بنُ أَيُّوبَ عن عُبيدِ اللهِ بنِ زُحْرٍ عن عليّ بنِ يَزِيدَ عن القاسمِ عن أبي أُمَامَةَ أنّ رسولَ اللهِ ﷺ قال: ((مَنْ مَسَحَ رَأْسَ يَتِيمٍ ... وَمَنْ أَحْسَنَ إِلَى يَتِيمِهِ أَوْ إِلَى يَتِيمٍ عِنْدَهُ، كُنْتُ أَنَا وَهُوَ فِي الْجَنَّةِ كَهَاتَيْنِ))، وَقُرْنُ بَيْنَ السَّبَّاحَةِ وَالْوَسْطَى.

أخرجه أحمد ٢٥٠/٥ و٢٦٥، وابنُ المَبارك في "الرُّهْد" (٦٥٥)، وابنُ أبي الدُّنْيَا في "العيال" (٦٠٩)، وعبدُ اللهِ ابنُ أحمد في "زوائد على الرُّهْد" ص ٢١٠، والطَّبْرَانِيُّ في "الكبير" (٧٨٢١)، وأبو نَعِيمٍ في "الحليّة" ١٧٨/٨ و١٧٩. وروى أبو جعفر الرّازي، وحَفْصُ بْنُ غِيَاثٍ عن لَيْثِ بْنِ أَبِي سُلَيْمٍ عن مُحَمَّدِ بْنِ الْمَكْدِيرِ عن أُمِّ ذَرَّةَ عن عائشة قالت: سَمِعْتُ رسولَ اللهِ ﷺ يقول: ((أَنَا وَكَافِلُ الْيَتِيمِ لَهُ أَوْ لغيره في الجَنَّةِ، والسَّاعِي عَلَى الْأَرْمَلَةِ وَالْمَسْكِينِ كَالْمُحَاهِدِ فِي سَبِيلِ اللهِ)).

أخرجه أبو يَعْلَى في "مسنده" (٤٨٦٦)، والطَّبْرَانِيُّ في "الأوسط" (٤٧٤٢)، وابنُ مُنَدَّه كما في "الإصابة" ٢٩٩/٤، إلّا أنّه قال: ذَرَّةٌ بَدَلُ أُمِّ ذَرَّةَ.

ورواه مُحَمَّدُ بْنُ مُطَرِّبٍ عن زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ قال رسولُ اللهِ ﷺ: ((أَنَا وَكَافِلُ الْيَتِيمِ فِي الْجَنَّةِ كَهَاتَيْنِ))، وأشار بالوَسْطَى والسَّبَّاحَةِ.

أخرجه الحارثُ بْنُ أَبِي أَسَامَةَ كما في "بغية الباحث" (٩٠٦).

(١) "المغرب": مادة ((كفل))، وفيه: ((التَّضْمُنُّ)) بدل ((التَّضْمِينِ)).

(٢) "جامع الرموز": كتاب الكفالة ١٠٨/٢ - ١٠٩ بتصرف.

(٣) الواو ليست في "م".

وشرعاً: (ضمُّ ذمَّةِ الكفيلِ (إلى ذمَّةِ) الأصيلِ (في المطالبة مُطلقاً).....

وعبارة "البحر"^(١): ((قال في "المصباح"^(٢): كَفَلْتُ بِالْمَالِ وَالنَّفْسِ كَفْلًا مِنْ بَابِ قَتَلَ، وَكُفُولًا أَيْضًا، وَالْأَسْمُ الْكَفَالَةُ. وَحَكَى "أَبُو زَيْدٍ"^(٣) سَمَاعًا مِنَ الْعَرَبِ مِنْ بَابِي تَعَبَ وَقَرُبَ. وَحَكَى "ابْنُ الْقَطَّاعِ"^(٤): كَفَلْتُهُ وَكَفَلْتُ بِهِ وَعَنهُ إِذَا تَحَمَّلْتَ بِهِ)) اهـ "ح"^(٥).

[مطلب في تعريف الذمَّة]

(٢٥٣٢١) [قوله]: (ضمُّ ذمَّةِ الكفيلِ) الذمَّةُ: وصفٌ شرعيٌّ به الأهلية لوجوب ما له وعليه، وفسرها "فخر الإسلام"^(٦) بالنفسِ والرَّقَبَةِ التي لها عهدٌ، والمرادُ بها العهدُ، فقولهم: في ذمَّتِهِ، أي: في نفسه باعتبارِ عهديها، مِنْ بَابِ إِطْلَاقِ الْحَالِّ وَإِرَادَةِ الْمَحَلِّ^(٧)، كذا في "التحريض"^(٨)، "نهر"^(٩).

(قوله: والمرادُ بها العهدُ) في "الحموي": ((أَنَّهُ تَعَالَى لَمَّا خَلَقَ الْإِنْسَانَ أَكْرَمَهُ بِالْعَقْلِ وَالذَّمَّةِ حَتَّى صَارَ أَهْلًا لَوْجُوبِ الْحَقُوقِ لَهُ وَعَبِيهِ، وَبَنَتْ بِهِ حَقُوقُ الْعِصْمَةِ وَالْحُرِّيَّةِ وَالْمَالِكِيَّةِ، وَهَذَا هُوَ الْعَهْدُ الَّذِي جَرَى بَيْنَهُ تَعَالَى وَبَيْنَ عِبَادِهِ يَوْمَ الْمِيثَاقِ، وَهَذَا غَيْرُ الْعَقْلِ؛ لِمَا أَنَّهُ لَمُحَرَّرٌ فَهَمَّ الْخَطَابِ. وَالْوَجُوبُ مِنْهُ عَلَى ذَلِكَ الْوَصْفِ الْمُسَمَّى بِالذَّمَّةِ، حَتَّى لَوْ فُرِضَ ثُبُوتُ الْعَقْلِ بِدُونِ ذَلِكَ الْوَصْفِ لَمْ يَثْبُتْ لَهُ وَعَبِيٌّ)) اهـ. كذا نقله عنه "السندي".

(قوله: مِنْ بَابِ إِطْلَاقِ الْحَالِّ وَإِرَادَةِ الْمَحَلِّ) في العبارة قلب.
(قول "الشَّارح": إلى ذمَّةِ الأصيل) يعني أنهما صارا مطلوبين للمكفول له، سواء كان المطلوب من أحدهما هو المطلوب من الآخر أو لا كما في الكفالة بالنفس. اهـ من "البحر".

(١) "البحر": كتاب الكفالة ٢٢١/٦.

(٢) "المصباح": مادة ((كفل)).

(٣) أبو زيد سعيد بن أوس بن ثابت الأنصاري (ت ٢١٥هـ) أحد أئمة اللغة والأدب. ("وفيات الأعيان" ٣٧٨/٢،

"بغية الوعاة" ٥٨٢/١).

(٤) "كتاب الأفعال": ص٤٢٧، نقلًا عن أبي زيد.

(٥) "ح": كتاب الكفالة ٣/٣٠٣ - ب.

(٦) انظر "كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام الزدوي": باب بيان الأهلية ٣٩٦/٤ - ٣٩٧.

(٧) انظر "تقاريرات الراعي" في هذا الموضوع.

(٨) "التحريض": المقالة الثانية - الباب الأول - الفصل الرابع في المحكوم عليه: المكلف - مسألة: مانع تكليف المحال

على أنَّ شرط التكليف فهمه ص٢٦٧ -.

(٩) "النهر": كتاب الكفالة ق٤١٢/ب.

بنفس، أو بدّين، أو عَيْنٍ كمغضوبٍ ونحوه كما سيحييء؛ لأنَّ المطالبة تُعمُّ ذلك.

[٢٥٣٢٢] (قوله: بنفس) مُتعلّق به ((مطالبة))، "ح" (١).

[٢٥٣٢٣] (قوله: أو بدّين، أو عَيْنٍ) زاد بعضهم (٢) رابعاً، وهو الكفالة بتسليم المال، ويمكن دُخُولُهُ في الدّين.

قلت: وكذا بتسليم عَيْنٍ غير مضمونة كالأمانة، وسيأتي (٣) تحقيق ذلك كلّ.

[٢٥٣٢٤] (قوله: كمغضوبٍ ونحوه) أي: من كلّ ما يَجِبُ تسليمُهُ بعَيْنِهِ، وإذا هَلَكَ ضَمِنَ مثله أو قيمته كالبيع فاسداً، والمقبوض على سَوَمِ الشُّرَاءِ، والمهر، وبديل الخلع، والصُّلح عن دم عمْدٍ احترازاً عن المضمون بغيره كالمرهون، وغير المضمون أصلاً كالأمانة، فلا تصحُّ الكفالة بأعيانها.

[٢٥٣٢٥] (قوله: كما سيحييء) أي: في كفالة المال (٤)، "ح" (٥).

[٢٥٣٢٦] (قوله: لأنَّ المطالبة تُعمُّ ذلك) أي: المذكور من الأقسام الثلاثة، وهو تعليل لتفسير الإطلاق بها، وتمهيدٌ لقوله (٦): ((وبه يُستغنى إلخ)).

(قوله: وكذا بتسليم عَيْنٍ غير مضمونة كالأمانة) فيه: أنَّ هذا داخلٌ في تسليم المال، فإنه أعمُّ من كونه مضموناً أو غير مضمون. وسيدكر أنَّ كفالة تسليم المال يمكن دُخُولُها في كفالة المال، ولم يقل: في الدّين، لكنَّ هذا ظاهرٌ في دُخُولِ ما ذُكِرَ في قول "المصنّف" الآتي: ((وأما كفالة المال)) لا في قوله هنا: ((المطالبة بنفس إلخ))، فإنه لا تدخل فيه الكفالة بتسليم المال. نعم، لو زاد "الشارح": أو بالتسليم لكان التعريف شاملاً، ولو قيل: أراد بقوله: ((أو دين)) ضماناً ذاتِهِ أو تسليمِهِ يكون كلامُهُ شاملاً كما أنَّ المراد بالعين ما يشمل تسليمها.

(١) "ح": كتاب الكفالة ق ٣٠٣/ب.

(٢) منهم من لا خسرو. انظر "الدرر والغرر": كتاب الكفالة ٢/٢٩٥.

(٣) المقولة [٢٥٥٥٢] قوله: ((ورجّحه "الكمال")).

(٤) ص ٨٣ - "در".

(٥) "ح": كتاب الكفالة ق ٣٠٣/ب.

(٦) ص ١٣ - "در".

وَمَنْ عَرَفَهَا بِالضَّمِّ فِي الدَّيْنِ إِنَّمَا أَرَادَ تَعْرِيفَ نَوْعِ مِنْهَا

[٢٥٣٢٧] (قوله: وَمَنْ عَرَفَهَا بِالضَّمِّ فِي الدَّيْنِ إلخ) اعلم أنه اختلف في تعريف الكفالة، فقيل: إنها الضَّمُّ في المطالبة كما مشى عليه "المصنف" وغيره من أصحاب المتون، وقيل: الضَّمُّ في الدَّيْنِ فيشْتَبُه بها دَيْنٌ آخَرُ في ذِمَّةِ الكفيل، ويكتفى باستيفاء أحدهما، ولم يرجح في "المبسوط" ^(١) أحد القولين، لكن في "الهداية" ^(٢) وغيرها: ((الأوَّلُ أَصَحُّ)). ووجهه كما في "العناية" ^(٣): ((أَنَّهَا كَمَا تَصِحُّ بِمَالٍ تَصِحُّ بِالنَّفْسِ وَلَا دَيْنٌ، وَكَمَا تَصِحُّ بِالدَّيْنِ تَصِحُّ بِالْأَعْيَانِ الْمَضْمُونَةِ، وَيَلْزَمُ أَنْ يَصِيرَ الدَّيْنُ الْوَاحِدَ دَيْنَيْنِ)) اهـ. وفيه نظر؛ إذ مَنْ عَرَفَهَا بِالضَّمِّ فِي الدَّيْنِ إِنَّمَا أَرَادَ تَعْرِيفَ نَوْعِ مِنْهَا، وَهُوَ الْكِفَالَةُ بِمَالٍ، وَأَمَّا الْكِفَالَةُ بِالنَّفْسِ وَالْأَعْيَانِ فَهِيَ فِي الْمَطَالِبَةِ اتِّفَاقًا، وَهِيَ مَاهِيَتَانِ لَا يُمْكِنُ جَمْعُهُمَا فِي تَعْرِيفٍ وَاحِدٍ، وَأَفْرَدَ تَعْرِيفَ الْكِفَالَةِ بِمَالٍ لِأَنَّهُ مَحَلُّ الْخِلَافِ، "نهر" ^(٤).

وحاصله: أَنَّ كَوْنَ تَعْرِيفِهَا بِالضَّمِّ فِي الْمَطَالِبَةِ أَعَمَّ لَشُمُولِهِ الْأَنْوَاعَ الثَّلَاثَةَ لَا يَصْلَحُ تَوْجِيهًا؛ لِكُونِهِ أَصَحَّ مِنْ تَعْرِيفِهَا بِالضَّمِّ فِي الدَّيْنِ؛ لِأَنَّ الْمُرَادَ بِهِ تَعْرِيفَ نَوْعِ مِنْهَا وَهُوَ كِفَالَةُ الدَّيْنِ، أَمَّا النَّوْعَانِ الْآخَرَانِ فَمُتَّفَقٌ عَلَى كَوْنِ الْكِفَالَةِ بِهِمَا كِفَالَةً بِالْمَطَالِبَةِ، وَلَا يُمْكِنُ الْجَمْعُ بَيْنَ الْكِفَالَةِ بِالْأَوَّلِ وَالْكَفَالَةِ بِالْآخَرَيْنِ [٣/١٦٠، ١٦١] فِي تَعْرِيفٍ وَاحِدٍ؛ لِأَنَّ الضَّمَّ فِي الدَّيْنِ غَيْرُ الضَّمِّ فِي الْمَطَالِبَةِ. ثُمَّ لَا يَخْفَى أَنَّ تَعْرِيفَهَا بِالضَّمِّ فِي الدَّيْنِ يَقْتَضِي ثُبُوتَ الدَّيْنِ فِي ذِمَّةِ الْكَفِيلِ كَمَا صَرَّحَ بِهِ أَوَّلًا، وَيَدُلُّ عَلَيْهِ: أَنَّهُ لَوْ وَهَبَ الذَّيْنُ لِلْكَفِيلِ صَحَّ وَيَرْجِعُ بِهِ عَلَى الْأَصِيلِ، مَعَ أَنَّ هَبَةَ الدَّيْنِ مِنْ غَيْرِ مَنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ لَا يَصِحُّ ^(٥).

(١) "المبسوط": كتاب الكفالة ١٩/١٦١.

(٢) "الهداية": كتاب الكفالة ٨٧/٣.

(٣) "العناية": كتاب الكفالة ٢٨٣/٦ (هامش "فتح القدير").

(٤) "النهر": كتاب الكفالة ٤١٢/٤.

(٥) في "ب" و"م": ((لا تصح)).

وما أوردَ عليه من لزومِ صيرورةِ الدَّينِ الواحدِ دَيْنَيْنِ دفعُهُ في "المبسوط" ^(١) بأنه لا مانع؛ لأنه لا يُستوفى إلّا من أحدهما كالغاصب مع غاصب الغاصب، فإنَّ كلاً ضامنٌ للقيمة، وليس حقُّ المالكِ إلّا في قيمةٍ واحدةٍ؛ لأنه لا يُستوفى إلّا من أحدهما، واختيارُهُ تضمينَ أحدهما يُوجبُ براءةَ الآخرِ فكذا هنا، لكنَّ هنا بالقَبْضِ لا بمجردِ اختيارِهِ، لكنَّ المختارَ الأوَّلَ، وهو أنَّه الضَّمُّ في مجردِ المطالبةِ لا الدَّينِ؛ لأنَّ اعتبارَهُ في دَئِئَيْنِ وإنَّ أمكنَ شرعاً لا يَجِبُ الحكمُ بوقوعِ كلِّ ممكنٍ إلّا بمُوجبٍ ولا مُوجبٍ هنا؛ لأنَّ التوثُّقَ يحصلُ بالمطالبةِ، وهو لا يستزمرُ بُتوتَ اعتبارِ الدَّينِ في الدَّيْنَةِ، كالوكيلِ بالشَّراءِ يطالبُ بالثَّمَنِ وهو في دَئِمَةِ الموكِّلِ، كذا في "الفتح" ^(٢). وكذا الوصيُّ والوليُّ والناظرُ يطالبونَ بما لَزِمَ دفعُهُ ولا شيءَ في دَئِمَتِهِمْ كما في "البحر" ^(٣)، وذكر ^(٤): ((أنَّهم لم يذكروا لهذا الاختلافِ ثمرةً، فإنَّ الاتفاقَ على أنَّ الدَّينَ لا يُستوفى إلّا من أحدهما، وأنَّ الكفيلَ مطالبٌ، وأنَّ حبةَ الدَّينِ له صحيحةٌ ويرجعُ به على الأصيلِ. ولو اشترى الطالبُ بالدَّينِ شيئاً من الكفيلِ صحَّ مع أنَّ الشَّراءَ بالدَّينِ من غيرِ مَنْ عليه لا يصحُّ، ويمكنُ أنْ تظهرَ فيما إذا حلفَ الكفيلُ أنَّ لا دَئِنَ عليه، فيحنتُ على الضَّعيفِ لا على الأصحِّ)) اهـ.

قلت: يظهرُ لي الاتفاقُ على بُتوتِ الدَّينِ في دَئِمَةِ الكفيلِ أيضاً بدليلِ الاتفاقِ على هذه المسائلِ المذكورة، ولأنَّ اعتبارَهُ في دَئِئَيْنِ ممكنٌ كما عُلِمَت، وما ذُكِرَ من هذه المسائلِ مُوجبٌ لذلكِ الاعتبارِ، ولو كانت ضَمّاً في المطالبةِ فقط بدونِ دَئِنٍ لَزِمَ أنْ لا يُؤخذَ المالُ من تَرَكةِ الكفيلِ؛

(قوله: يظهرُ لي الاتفاقُ على بُتوتِ الدَّينِ في دَئِمَةِ الكفيلِ إلخ) مُحالِفٌ لما ذكروه من حكايةِ الخلافِ، فلا عبرةَ بدعوى الاتفاقِ؛ لمُخالفتِها لعبارتهم وإنَّ كانتِ الفُرُوعُ مُتَّفَقَةً عليها.

(١) "المبسوط": كتاب الكفالة ١٩/١٦١ بتصرف.

(٢) "الفتح": كتاب الكفالة ٦/٢٨٣ - ٢٨٤.

(٣) "البحر": كتاب الكفالة ٦/٢٢٢.

(٤) "البحر": كتاب الكفالة ٦/٢٢٢ - ٢٢٣.

وهو الكفالة بالمال؛ لأنه محلُّ الخلاف، وبه يُستغنى عما ذكره "منلا خسرو"...

لأنَّ المطالبة تسقطُ عنه بموته، كالكفيل بالنفس لما كان كفيلاً بالمطالبة فقط بطلَّت الكفالة بموته مع أنَّ المصْرَحَ به أنَّ المالَ يَحِلُّ بموتِ الكفيل، وأنَّه يُؤخَذُ مِنْ تَرْكِه، ولأنَّ الكفيلَ يَصِحُّ أَنْ يَكْفُلَهُ عِنْدَ الطَّالِبِ كَفِيلٌ آخَرُ بِالمالِ المكفولِ به، فإذا أَدَّى الآخَرُ المالَ إِلَى الطَّالِبِ لَمْ يَرْجِعْ بِهِ عَلَى الْأَصِيلِ، بَلْ يَرْجِعُ عَلَى الْكَفِيلِ الْأَوَّلِ، فَإِنْ أَدَّى إِلَيْهِ رَجَعَ الْأَوَّلُ عَسَى الْأَصِيلِ لَوِ الْكَفَالَةُ بِالْأَمْرِ، نَصَّ عَلَيْهِ فِي "كافي الحاكم". ويشهدُ لذلكُ فُرُوعٌ أُخَرُ سَتَظْهَرُ فِي مَحَالِّهَا. وَعَسَى هَذَا فَمَعْنَى كَوْنِ التَّعْرِيفِ الْأَوَّلِ أَصَحَّ شَمُولُهُ أَنْوَاعَ الْكَفَالَةِ الثَّلَاثَةِ، بِخِلَافِ التَّعْرِيفِ الثَّانِي كَمَا مَرَّ^(١) عَنْ "العناية"، والجوابُ - بأنَّه إِنَّمَا أَرَادَ تَعْرِيفَ نَوْعٍ مِنْهَا - لَا يَدْفَعُ الْإِيرَادَ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُعَرِّفِ التَّوَعِينَ الْآخَرِينَ، فَكَانَ مُوْهِباً اخْتِصَاصَهَا بِذَلِكَ النُّوعِ فَقَطْ، هَذَا مَا ظَهَرَ لِي، فَتَدَبَّرْهُ.

{٢٥٣٢٨} (قوله: وهو الكفالة بالمال) أَرَادَ بِالمالِ الدِّينَ، وَإِلَّا فَهُوَ يَشْمَلُ الْعَيْنَ مُقَابِلَ الدِّينِ. اهـ "ح"^(٢).

{٢٥٣٢٩} (قوله: لأنه محلُّ الخلاف) بَيَّنَّ لَوَجْهَ اقْتِصَارِهِ عَلَى تَعْرِيفِ كَفَالَةِ الدِّينِ فَقَطْ، وَلَا يَخْفَى أَنَّ التَّعْرِيفَ يَذْكُرُ لِلتَّعْلِيمِ وَالتَّفْهِيمِ فِي ابْتِدَاءِ الْأَبْوَابِ، فَلَا بَدَّ مِنَ التَّنْبِيهِ عَلَى مَا يُوقَعُ فِي الْاِسْتِثْنَاءِ، فَكَانَ عَلَيْهِ أَنْ يَذْكُرَ تَعْرِيفَ التَّوَعِينَ الْآخَرِينَ كَمَا قُلْنَا آنفًا^(٣).

{٢٥٣٣٠} (قوله: وبه) أَي: بِمَا ذَكَرَ مِنْ تَعْمِيمِ الْمَطْلَبَةِ.

{٢٥٣٣١} (قوله: يُسْتَغْنَى عَمَّا ذَكَرَهُ "منلا خسرو") أَي: صَاحِبُ "الدُّرَرِ". قَالَ فِي "النَّهْرِ"^(٤): ((وبه استغني عما في نكاح "الدُّرَرِ"^(٥)) مِنْ تَعْرِيفِهَا بِضَمِّ ذِمَّةٍ إِلَى ذِمَّةٍ فِي مَطْلَبَةِ

(١) فِي الْمَقُولَةِ نَفْسُهَا.

(٢) "ح": كِتَابُ الْكَفَالَةِ فِي ٣٠٣/ب.

(٣) الْمَقُولَةُ {٢٥٣٢٧} قَوْلُهُ: ((وَمَنْ عَرَّفَهَا بِالضَّمِّ فِي الدِّينِ (إِلَخ)).

(٤) "النهر": كِتَابُ الْكَفَالَةِ فِي ٤١٢/ب بِاخْتِصَارٍ.

(٥) نَقُولُ: ذَكَرَ صَاحِبُ "الدُّرَرِ" التَّعْرِيفَ الْمَذْكُورَ فِي كِتَابِ الْكَفَالَةِ ٢/٢٩٥، لَا فِي كِتَابِ النِّكَاحِ.

(ورُكْنُهَا: إيجابٌ وقَبُولٌ) بالألفاظِ الآتية، ولم يجعلِ "الثَّانِي" الثَّانِي رُكْنًا، (وشرطُها: كَوْنُ المكفُولِ به)

النَّفْسِ، أو المَالِ، أو التَّسْلِيمِ مُدَّعِيًا أَنَّ قَوْلَهُمْ: وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ لَا صَحَّةَ لَهُ فَضْلًا عَنْ كَوْنِهِ أَصَحًّا؛ لِأَنَّهُمْ قَسَمُوا إِلَى كِفَالَةٍ فِي الْمَالِ وَالنَّفْسِ. [١٦٠٣/١٧]

٢٥٠/٤

ثُمَّ إِنَّ تَقْسِيمَهُمْ يُشْعِرُ بِإِحْصَائِهَا مَعَ أَنَّهُمْ ذَكَرُوا فِي أَتْنَاءِ الْمَسَائِلِ مَا يَدُلُّ عَلَى وُجُودِ قِسْمٍ ثَالِثٍ وَهُوَ الْكِفَالَةُ بِالتَّسْلِيمِ اهـ. وَأَنْتَ قَدْ عَلِمْتَ مَا هُوَ الْوَاقِعُ اهـ. أَيْ: مِنْ أَنَّ مَا عَرَفَ بِهِ هُوَ مَرَاهِمُهُ؛ لِأَنَّ الْمَطْلَبَةَ تَشْمَلُ الْأَنْوَاعَ الثَّلَاثَةَ، فَلَيْسَ فِيمَا قَالَهُ زِيَادَةٌ عَلَى مَا أَرَادَهُ غَيْرَ التَّصْرِيحِ بِهِ، فَافْهَمْ.

(قَوْلُهُ: وَرُكْنُهَا إِجْبَابٌ وَقَبُولٌ) فَلَا تَيَمُّ بِالْكَفِيلِ وَحْدَهُ مَا لَمْ يَقْبَلِ الْمَكْفُولُ لَهُ أَوْ أَجْنَبِيٌّ عَنْهُ فِي الْمَجْلِسِ، "رَمَلِي".

(قَوْلُهُ: وَلَمْ يَجْعَلِ "الثَّانِي" أَيْ: "أَبُو يَوْسُفَ". وَقَوْلُهُ: ((الثَّانِي)) أَيْ: الْقَبُولُ، وَهُوَ بِالنَّصْبِ عَلَى أَنَّهُ مَفْعُولُ ((يَجْعَلُ)). وَقَوْلُهُ: ((رُكْنًا)) مَفْعُولُهُ الْآخَرُ، أَيْ: فَجَعَلَهَا تَيَمُّ بِالْإِجْبَابِ وَحْدَهُ فِي الْمَالِ وَالنَّفْسِ. وَاجْتِلَيْفَ عَلَى قَوْلِهِ، فَقِيلَ: تَتَوَقَّفُ عَلَى إِجْازَةِ الطَّالِبِ، فَلَوْ مَاتَ قَبْلَهَا لَا يُؤَاخِذُ الْكَفِيلُ. وَقِيلَ: تَنْفُذُ، وَلِلطَّالِبِ الرَّدُّ كَمَا فِي "الْبَحْرِ"^(١)، وَهُوَ الْأَصَحُّ كَمَا فِي "الْمَحِيط"، أَيْ: الْأَصَحُّ مِنْ قَوْلِهِ، "نَهْر"^(٢).

وَفِي "الدُّرَرِ"^(٣) وَ"الْبِرَازِيَّةِ"^(٤): ((وَيَقُولُ "الثَّانِي" يَفْتَى)). وَفِي "أَنْفَعِ الْوَسَائِلِ"^(٥) وَغَيْرِهِ: ((الْفَتْوَى عَلَى قَوْلِهِمَا)). وَسَيَأْتِي^(٦) تَأْمُهُ عِنْدَ قَوْلِهِ: ((وَلَا تَصِحُّ بِلا قَبُولِ الطَّالِبِ فِي مَجْلِسِ الْعَقْدِ)).

(١) "البحر": كتاب الكفالة ٢٢٣/٦.

(٢) "النهر": كتاب الكفالة ٤١٣/أ/بصرف.

(٣) "الدرر والغرر": كتاب الكفالة ٣٠١/٢.

(٤) "البرازية": كتاب الكفالة - الفصل الأول في المقامة - وفيها: حكمه وألفاظه - نوع آخر ٦/٦ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٥) "أنفع الوسائل": مسألة الكفالة ص ٢٧٦.

(٦) ص ١١١ - "در".

نَفْسًا أَوْ مَالًا (مَقْدُورَ التَّسْلِيمِ) مِنَ الْكَفِيلِ، فَلَمْ تَصِحَّ^(١) بَحْدٌ وَقَوْدٌ^(٢)،

(٢٥٣٣٤) (قوله: نَفْسًا أَوْ مَالًا) الأولى إسقاطُهُ لِيَتَأْتِيَ لَهُ التَّفْرِيعُ بِقَوْلِهِ: ((فَلَمْ تَصِحَّ بَحْدٌ وَقَوْدٌ))، فَإِنَّهُمَا لَيْسَا بِنَفْسٍ وَلَا مَالٍ إِنْ أُرِيدَ الضَّمَانُ بِهِمَا، أَمَّا إِذَا أُرِيدَ الضَّمَانُ بِنَفْسٍ مِّنْهُمَا عَلَيْهِ فَإِنَّ الْكِفَالََةَ حِينَئِذٍ تَكُونُ جَائِزَةً كَمَا سَيَذْكُرُهُ "المَصْنَفُ"^(٣).

[مطلب: شرائط المكفول]

نَعَمْ، يُشْتَرَطُ كَوْنُ النَّفْسِ مَقْدُورَةً التَّسْلِيمِ؛ إِذْ لَا شَكَّ أَنَّ كِفَالََةَ الْمَيْتِ بِالنَّفْسِ لَا تَصِحُّ؛ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ حَيًّا ثُمَّ مَاتَ بَطَلَتْ كِفَالََةُ النَّفْسِ، وَكَذَا لَوْ كَانَ غَائِبًا لَا يُدْرَى مَكَانُهُ فَلَا تَصِحُّ كِفَالَتُهُ بِالنَّفْسِ كَمَا فِي "جامع الفصولين"^(٤). وعِبَارَةُ "البحر"^(٥) عَنْ "البدائع"^(٦): ((وَأَمَّا شَرَايِطُ الْمَكْفُولِ بِهِ فَالْأَوَّلُ: أَنْ يَكُونَ مَضمُونًا عَلَى الْأَصِيلِ ذَيْنًا، أَوْ عَيْنًا، أَوْ نَفْسًا، أَوْ فِعْلًا، وَلَكِنْ يُشْتَرَطُ فِي الْعَيْنِ أَنْ تَكُونَ مَضمُونَةً بِنَفْسِهَا.

الثَّانِي: أَنْ يَكُونَ مَقْدُورَ التَّسْلِيمِ مِنَ الْكَفِيلِ، فَلَا تَحْجُوزُ بِالْحُلُودِ وَالْقِيَاصِ.

الثَّالِثُ: أَنْ يَكُونَ الذَّيْنُ لَازِمًا، وَهُوَ خَاصٌّ بِالْكَفَالَةِ بِالْمَالِ، فَلَا تَحْجُوزُ الْكِفَالَةُ بِبَدْلِ الْكِتَابَةِ)).

(قوله: الأولى إسقاطُهُ لِيَتَأْتِيَ لَهُ التَّفْرِيعُ بِقَوْلِهِ: فَلَمْ تَصِحَّ إلخ) فِيهِ تَأَمُّلٌ، فَإِنَّهُ يُعْلَمُ مِنْ اشْتِرَاطِ كَوْنِ الْمَكْفُولِ بِهِ مَالًا أَوْ نَفْسًا أَنَّهُ لَا تَصِحُّ الْكِفَالَةُ فِي غَيْرِهِ؛ فَتَمَّ تَفْرِيعُ عَدَمِ صَحَّتِهَا بَحْدٌ وَقَوْدٌ عَلَى هَذَا الشَّرْطِ، تَأَمُّلٌ. وَيَدُلُّ لَصَحَّتِهِ تَعْلِيلُهُ لَعَدَمِ صَحَّتِهَا بِهِمَا بِقَوْلِهِ: ((فَإِنَّهُمَا لَيْسَا بِنَفْسٍ وَلَا مَالٍ)).

(١) فِي "د": ((فَلَمْ يَصِحَّ)).

(٢) فِي "و": ((وَلَا قَوْدَ)).

(٣) ص ٤٩- وما بعدها "در".

(٤) "جامع الفصولين": الْفَصْلُ الثَّلَاثُونَ فِي التَّصَرُّفَاتِ الْفَاسِدَةِ وَأَحْكَامِهَا وَفِيمَا يَكُونُ مَضمُونًا بِالْقَبْضِ وَالْحَبْسِ وَمَا لَا يَكُونُ ٥٤/٢.

(٥) "البحر": كِتَابُ الْكِفَالَةِ ٢٢٤/٦.

(٦) "البدائع": كِتَابُ الْكِفَالَةِ - فَصْلٌ وَأَمَّا شَرَايِطُ الْكِفَالَةِ ٧/٦ بِاخْتِصَارٍ.

(وفي الدَّينِ كونه صحيحاً قائماً) لا ساقطاً بموته مُفلساً، ولا ضعيفاً كبذلِ كتابة، ونفقة زوجة قبل الحُكْمِ بها، فما ليس ديناً بالأولى، "نهر".

[٢٥٣٣٥] (قوله: وفي الدَّينِ كونه صحيحاً) هو ما لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء كما سيأتي^(١) متناً، وسيدكرُ "الشارح" هناك^(٢) استثناء الدَّينِ المشترك، والنفقة، وبدلِ السَّعاية، وأفاد أنه لا يشترط أن يكون معلوم القدر كما في "البحر"^(٣)، وسيأتي^(٤) أيضاً مع بيانه.

[٢٥٣٣٦] (قوله: لا ساقطاً إلخ) محترزُ قوله: ((قائماً))، فلا تصحُّ كفالة ميت مُفلسٍ بدينٍ عليه كما سيدكرُهُ "المصنّف"^(٥).

[٢٥٣٣٧] (قوله: ولا ضعيفاً) محترزُ قوله: ((صحيحاً)).

[٢٥٣٣٨] (قوله: كبذلِ كتابة) لأنه يسقط بالتعجيز.

مطلب في كفالة نفقة الزوجة

[٢٥٣٣٩] (قوله: ونفقة زوجة إلخ) عبارة "النهر"^(١): ((وينبغي أن يكون من ذلك الكفالة بنفقة الزوجة قبل القضاء بها أو الرضا^(٢))؛ لما قدمناه من أنها لا تصير ديناً إلا بهما. وبدلِ الكتابة دين إلا أنه ضعيف ولا تصحُّ الكفالة به، فما ليس ديناً أولى)) اهـ.

وبه يظهر ما في عبارة "الشارح" من الخفاء، فكان عليه أن يقول: ولا ضعيفاً كبذلِ كتابة،

(قوله: وسيدكرُ "الشارح" هناك استثناء الدَّينِ المشترك إلخ) فإنه مع كونه ديناً صحيحاً لا تصحُّ الكفالة به لأحد الشريكين.

(١) ص ٧٨ - وما بعدها "در".

(٢) ص ٧٦ - "در".

(٣) "البحر": كتاب الكفالة ٦/٢٢٤.

(٤) ص ٨٢ - وما بعدها "در".

(٥) ص ١١٦ - "در".

(٦) "النهر": كتاب الكفالة ١٣٣/٤.

(٧) عبارة "النهر": ((قبل القضاء بها أو المضى)).

(وَحُكْمُهَا: لُزُومُ الْمَطَالِبَةِ عَلَى الْكَفِيلِ)

فَمَا لَيْسَ ذَيْنَا كَنْفَقَةَ زَوْجَةٍ قَبْلَ الْقَضَاءِ أَوْ الرِّضَا بِالْأُولَى، وَلَا يَحْفَى أَنَّهَا حَيْثُ لَمْ تَصِرْ ذَيْنَا لَا تَكُونُ مِنْ أَمْثَلَةِ الدَّيْنِ السَّاقِطِ، فَافْهَمْ.

ثُمَّ ظَاهَرُ كَلَامِ "النَّهْرِ" أَنَّهَا لَوْ صَارَتْ ذَيْنَا بِالْقَضَاءِ بِهَا أَوْ بِالرِّضَا تَصِيرُ ذَيْنَا صَحِيحًا مَعَ أَنَّهُ لَيْسَ كَذَلِكَ؛ لَسَقُوطُهَا بِالمَوْتِ أَوْ الطَّلَاقِ، إِلَّا إِذَا كَانَتْ مُسْتَدَانَةً بِأَمْرِ الْقَاضِي، لَكِنَّ غَيْرَ الْمُسْتَدَانَةِ مَعَ كَوْنِهَا ذَيْنَا غَيْرَ صَحِيحٍ تَصِحُّ الْكِفَالَةُ بِهَا اسْتِحْسَانًا، فَهِيَ مُسْتَنَدَةٌ مِنْ هَذَا الشَّرْطِ كَمَا سَبَّيْنَاهُ عَلَيْهِ "الشَّارْحُ" ^(١) عِنْدَ قَوْلِ "المَصْنَفِ": ((إِذَا كَانَ ذَيْنَا صَحِيحًا))، بَلْ ذَكَرَ بَعْدَهُ بِأَسْطَرٍ ^(٢) عَنِ "الْحَانِيَّةِ" ^(٣): ((لَوْ كَفَلَ لَهَا رَجُلٌ بِالنَّفَقَةِ أَبَدًا مَا دَامَتْ الزَّوْجِيَّةُ جَارًا))، وَكَذَا ذَكَرَ قَبِيلُ الْبَابِ الْآتِي ^(٤): ((جَوَازُ الْكِفَالَةِ بِهَا إِذَا أَرَادَ زَوْجُهَا السَّفَرَ، وَعَلَيْهِ الْفَتَاوَى))، مَعَ أَنَّهَا لَمْ تَصِرْ ذَيْنَا ^(٥) [١/١٦٣/٣] أَصْلًا؛ لِأَنَّ النَّفَقَةَ لَمْ تَجِبْ بَعْدَ، فَيَحْتَمِلُ مَا ذَكَرَهُ هُنَا تَبَعًا لِ"النَّهْرِ" عَلَى النَّفَقَةِ الْمَاضِيَةِ؛ لِأَنَّهَا تَسْقُطُ بِالمَاضِيِّ قَبْلَ الْقَضَاءِ أَوْ الرِّضَا، فَلَا تَصِحُّ الْكِفَالَةُ بِهَا. وَالْفَرْقُ بَيْنَ الْمَاضِيَةِ وَالْمُسْتَقْبَلَةِ أَنَّ الزَّوْجَةَ مُقَصِّرَةٌ بِتَرْكِهَا بِدُونِ قَضَاءٍ أَوْ رِضَا إِلَى أَنْ سَقَطَتْ بِالمَاضِيِّ بِخِلَافِ الْمُسْتَقْبَلَةِ، فَتَدْبِرُ.

[٢٥٣٤٠] (قَوْلُهُ: وَحُكْمُهَا لُزُومُ الْمَطَالِبَةِ عَلَى الْكَفِيلِ) أَيُّ: ثُبُوتُ حَقِّ الْمَطَالِبَةِ مَتَى شَاءَ الطَّالِبُ، سِوَاةً تَعَذَّرَ عَلَيْهِ مُطَالِبَةُ الْأَصِيلِ أَوْ لَا، "فَتْحُ" ^(٦). وَذَكَرَ فِي "الْكَفَايَةِ" ^(٧): ((أَنَّ اخْتِيَارَ الطَّالِبِ تَضَمِينِ أَحَدِهِمَا لَ ^(٨) يَوْجِبُ بَرَاءَةَ الْآخَرِ مَا لَمْ تَوْجَدْ حَقِيقَةُ الْاسْتِيفَاءِ، فَلِذَا يَمِيلُكَ مُطَالِبَةُ كُلِّ مِنْهُمَا، بِخِلَافِ الْغَاصِبِ وَغَاصِبِ الْغَاصِبِ)) اهـ. وَقَدْ مَنَاهُ ^(٩) أَيْضًا.

(١) ص ٧٦ - "در".

(٢) ص ٨٣ - "در".

(٣) "الْحَانِيَّةُ": كِتَابُ الْكِفَالَةِ وَالْحَوَالَةِ - فَصْلُ فِي الْكِفَالَةِ بِالمَالِ ٧٠/٣ بِتَصْرِفٍ (هَامِشُ "الْفَتَاوَى الْهِنْدِيَّةُ").

(٤) ص ١٩٢ - "در".

(٥) "الْفَتْحُ": كِتَابُ الْكِفَالَةِ ٢٨٤/٦.

(٦) "الْكَفَايَةُ": كِتَابُ الْكِفَالَةِ ٢٨٤/٦ بِتَصْرِفٍ (ذِيلُ "فَتْحِ الْقَدِيرِ").

(٧) ((لَا)) سَاقِطَةٌ مِنْ مَطْبُوعَةِ "الْكَفَايَةِ" الَّتِي بَيْنَ أَيْدِينَا.

(٨) الْمَقُولَةُ [٢٥٣٢٧] قَوْلُهُ: ((وَمَنْ عَرَّفَهَا بِالنِّصِّ فِي الدَّيْنِ إلخ)).

بما هو على الأصيل نفساً أو مالاً، (وأهلها: مَنْ هو أهل للتبرُّع) فلا تنفُذ من صبيٍّ ولا مجنونٍ،

[٢٥٣٤١] (قوله: بما هو على الأصيل) الأولى: بما وقَعَت الكفالة به عن الأصيل؛ لأنَّ الأصيلَ عليه تسليمُ نفسه، أو تسليمُ المالِ، والكفيلُ بالنفسِ ليس عليه تسليمُ المالِ، ولأنَّ الكفيلَ لو تعدَّد لا يلزمه إلا بقدر ما يخصُّه كتصفٍ الدينِ لو كانا اثنين، أو ثلثه لو ثلاثة ما لم يكفُّوا على التعاقب، فيطالبُ كلُّ واحدٍ بكلِّ المالِ كما ذكره "السرخسي" (١).

[٢٥٣٤٢] (قوله: نفساً أو مالاً) شَمِلَ المالُ الدينَ والعينَ، وينبغي أن يزيده: ((أو فعلاً)) كما لو كفَّل تسليمَ الأمانة أو تسليمَ الدينِ كما سيأتي (٢) بيانه. والمراد بالعين المضمونة بنفسها كالمغصوب كما مر (٣).

[٢٥٣٤٣] (قوله: فلا تنفُذ من صبيٍّ ولا مجنونٍ أي: ولو الصبيُّ تاجراً، وكذا لا تجوزُ له إلا إذا

(قوله: وينبغي أن يزيده: ((أو فعلاً)) كما لو كفَّل تسليمَ الأمانة إلخ) قد عَلِمْتَ دُخُولَ الكفالة بتسليمِ المالِ في الكفالة بالمالِ.

(قوله: لا تجوزُ له إلا إذا كان تاجراً) الظاهرُ أنه لو لم يكن الصَّغيرُ تاجراً وقبلها له وليُّه تنفُذ؛ لتمامها بقبولِهِ، تأمَّل ولتراجعْ عبارة "الكافي". وقد يقال: كيف لا تصحُّ له إلا إذا كان تاجراً مع أنها نفعٌ محضٌ؟ وما كان نفعاً لا يتوقَّفُ على إجازة الرلي، وسيأتي لـ "المحشي": الكفالة عن الصبيِّ، وله عند قول "المصنِّف": ((وصحَّ لو ثمناً))، فليُنظَر.

ثم رأيتُ في "الفصولين" ما نصّه: ((الكفالة للصبيِّ لم تجز، قيل: هو حجرٌ عن الضارِّ لا النافع بدليلِ قبولِ الهبة والصَّدقة، وفي هذا منقعةٌ فيجوزُ))، قال: ((لأنَّ الهبة والصَّدقة تصحُّ بالفعل، وفعله معتبرٌ، وأمَّا هنا فلا بدَّ من قولٍ، وقوله لم يُعتبر)) اهـ من الفصلِ الثلاثين. لكن المقرَّر أنَّ ما عمَّضَ نفعاً من العقود كالآتِهابِ وقَبْضِ الهبة يصحُّ بلا توقُّفٍ على الإذنِ.

(١) "المبسوط": كتاب الكفالة - باب الكفالة بالنفس إلخ ١٨٣/١٩.

(٢) المقولة [٢٥٥٥١] قوله: ((فلو بتسليمها صحَّ في الكلِّ)) وما بعدها.

(٣) ص ١٠ - "در".

إِلَّا إِذَا اسْتَدَانَ لَهُ وَلِيُّهُ وَأَمَرَهُ أَنْ يَكْفُلَ الْمَالَ عَنْهُ فَتَصَحَّ،

٢٥١/٤

كان تاجرًا، وأما الكفالة عنه فهي لازمة للكفيل يؤخذ بها، ولا يُجبر الصبيُّ على الحضور معه إلا إذا كانت بطليبه وهو تاجرًا، أو يطلب أبوه مطلقًا، فإن تعيَّب فله أخذ الأب بإحضاره أو تخليصه، والوصيُّ كالأب. ولو كفل بنفس الصبيِّ على أنه إن لم يواف به فعليه ما ذاب^(١) عليه جازت كفالة النفس، وما قضى به على أبيه أو وصيه لزم الكفيل، ولا يرجع على الصبيِّ إلا إذا أمره الأب أو الوصيُّ بالضمان. اهـ ملخصًا من "كافي الحاكم".

[٢٥٣٤٤] قوله: «إِلَّا إِذَا اسْتَدَانَ لَهُ وَلِيُّهُ» أي: مَنْ لَهُ وَلَايَةٌ عَلَيْهِ مِنْ أَبٍ أَوْ وَصِيٍّ لِنَفَقَةٍ أَوْ غَيْرِهَا مِمَّا لَا بَدْلَ لَهُ مِنْهُ.

[٢٥٣٤٥] قوله: «وَأَمَرَهُ أَنْ يَكْفُلَ الْمَالَ عَنْهُ» قَيْدٌ بِالْمَالِ احْتِرَازًا عَنِ النَّفْسِ؛ لِأَنَّ ضِمَانَ الدِّينِ قَدْ لَزِمَهُ، أَيْ: لَزِمَ الصَّبِيُّ مِنْ غَيْرِ شَرْطٍ، فَالشَّرْطُ لَا يَزِيدُهُ إِلَّا تَأْكِيدًا فَلَمْ يَكُنْ مُتَبَرِّعًا. فَأَمَّا ضِمَانُ النَّفْسِ وَهُوَ تَسْلِيمُ نَفْسِ الْأَبِ أَوْ الْوَصِيِّ فَلَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ، فَكَانَ مُتَبَرِّعًا بِهِ فَلَمْ يَحْزَرْ، "بحر"^(٢) عَنْ "البدائع"^(٣).

(قوله: مِمَّا لَا بَدْلَ لَهُ مِنْهُ) الظاهر أنه غير قيد، بل لو اشترى له شيئاً ليس مِمَّا لَا بَدْلَ لَهُ مِنْهُ يَكُونُ كَذَلِكَ، تَأَمَّلْ.

ثُمَّ رَأَيْتُ فِي "جَامِعِ أَحْكَامِ الصَّغَارِ" عَلَى مَا نَقَلَهُ "الْحَمَوِيُّ": ((فَإِنْ كَانَ الدِّينُ دَيْنَ الصَّبِيِّ بِأَنْ اشْتَرَى الْأَبُ أَوْ الْوَصِيُّ شَيْئًا لِلصَّبِيِّ بِالنَّسِيقَةِ وَأَمَرَهُ حَتَّى ضَمِنَ الْمَالَ أَوْ ضَمِنَ بِنَفْسِ الْأَبِ وَالْوَصِيِّ فُضْمَانُهُ بِالْمَالِ جَائِزٌ وَضْمَانُهُ بِالنَّفْسِ بَاطِلٌ، أَمَّا ضْمَانُهُ بِالْمَالِ فَلِأَنَّهُ التَّرَمُّ شَيْئًا كَانَ عَلَيْهِ قَبْلَ الضَّمَانِ فَإِنَّهُ قَبْلَهُ كَانَ يَرْجِعُ رَبُّ الْمَالِ عَلَيْهِ فَلَمْ يَكُنْ هَذَا الضَّمَانُ تَبَرُّعًا إِنْ خُذَ)) اهـ.

(١) أي: ما ثبت وجب عليه بالقضاء، كما سيأتي ابن عابدين رحمه الله في المقولة [٢٥٥١٣]. والمقولة [٢٥٦٩٦].

(٢) "البحر": كتاب الكفالة ٢٢٣/٦ - ٢٢٤.

(٣) "البدائع": كتاب الكفالة - فصل وأما شرائط الكفالة ٥/٦ - ٦.

ويكونُ إذنًا في الأداء، "محيط". ومُفادُهُ: أَنَّ الصَّبِيَّ يُطَالَبُ بهذا المالِ بِمَوْجَبِ الكفالةِ، ولولاها لَطَوَّلَ الوليُّ، "نهر"^(١). ولا من مريضٍ^(٢) إِلَّا من الثُّلُثِ، ولا من عبدٍ ولو مأذُونًا في التجارة، ويُطَالَبُ بعدَ العِتْقِ إِلَّا إِنْ أُذِنَ^(٣) له المولى،

[٢٥٣٤٦] (قوله: ويكونُ إذنًا في الأداء) لأنَّ الوصيَّ ينوبُ عنه في الأداء، فإذا أمره بالضَّمانِ فقد أُذِنَ له في الأداء، فَيَجِبُ عليه الأداء، "نهر"^(٤) عن "المحيط".

[٢٥٣٤٧] (قوله: ولولاها لَطَوَّلَ الوليُّ) أي: فقط.

[٢٥٣٤٨] (قوله: ولا من مريضٍ إِلَّا من الثُّلُثِ) لكنْ إذا كَفَلَ لوارثٍ أو عن وارثٍ لا تَصِحُّ أصلاً، ولو كان عليه دينٌ محيطٌ بماله بَطَلَتْ. ولو كَفَلَ ولا دينَ عليه، ثُمَّ أَقْرَ بَدَيْنَ محيطٍ لأجنبيٍّ ثُمَّ ماتَ فالقَرُّ له أولى بتركيته من المكفول له. وإنْ لم يُحِطْ: فإنْ كانت الكفالة تَخْرُجُ من ثُلثٍ ما بقيَ بعدَ الدينِ صَحَّتْ كُلُّها، وإلا فبَقْدَرِ الثُّلُثِ. وإنْ أَقْرَ المريضُ أَنَّ الكفالةَ كانت في صَحَّتِهِ لَزِمَهُ الكلُّ في ماله إِنْ لم تكنْ لوارثٍ أو عن وارثٍ، وتَمَامُهُ في الفصلِ التاسعِ عشرٍ من "التَّائِرِ خَانِيَّةٍ"^(٥).

[٢٥٣٤٩] (قوله: ولا من عبدٍ) أي: لا تَصِحُّ الكفالةُ منه بنفسٍ أو مالٍ كما في "الكاقي"، وسواءُ كَفَلَ عن مولاهُ أو أجنبيٍّ كما في "التَّائِرِ خَانِيَّةٍ"^(٦).

[٢٥٣٥٠] (قوله: إِلَّا إِنْ أُذِنَ له المولى) أي: بالكفالةِ عن مولاهُ أو عن أجنبيٍّ، فَتَصِحُّ كفالتهُ إذا لم يكنْ مديوناً. وكذا الأُمّةُ، والمُدبَّرَةُ، وأُمُّ الولدِ. وإنْ كان مديوناً لا يلزمُهُ شيءٌ ما لم يَعْتِقْ، "تتارخانيَّة"^(٧)، وسيأتي^(٨) تمامُ الكلامِ عليه قُبَيْلَ الحوالَةِ.

(١) "النهر": كتاب الكفالة ق ٤١٣/أ.

(٢) أي: ((ولا تنفذُ الكفالةُ من مريضٍ إلخ)).

(٣) في "د" و"و": ((إلا إذا أُذِنَ)).

(٤) "النهر": كتاب الكفالة ق ٤١٣/أ.

(٥) انظر "التتارخانية": كتاب الكفالة - الفصل التاسع عشر في كفالة المريض وموت الكفيل ق ٤/٢٢١/أ.

(٦) "التتارخانية": كتاب الكفالة - الفصل الثالث في بيان من تصح الكفالة منه ومن لا تصح ق ٤/٢٠٠/أ.

(٧) "التتارخانية": كتاب الكفالة - الفصل الثالث في بيان من تصح الكفالة منه ومن لا تصح ق ٤/٢٠٠/أ بتصرف.

(٨) المقولة [٢٥٨١٤] قوله: ((ولو كَفَلَ عبدٌ غيرَ مديونٍ مُستغرقٍ إلخ)).

ولا من مكاتب ولو بإذن المولى. (والمُدَّعي) وهو الدائن (مكفول له، والمُدَّعي عليه) وهو المدَّيُون (مكفول عنه) ويُسمَّى الأصيل أيضاً (والنفسُ أو المالُ مكفولٌ به، ومن لزمته المطالبة.....

[٢٥٣٥١] (قوله: ولا من مكاتب إلخ) أي: ويُطالبُ بها بعدَ عتقهِ، وهذا لو كانت عن أجنيٍّ كما في "البحر"^(١). وقال أيضاً^(٢): ((وتصحُّ كفالةُ [ب/١٦١ق/٣] المكاتبِ والمأذونِ عن مولاهُما)). قال في "النهر"^(٣): ((وينبغي أن يُقَيَّدَ ذلك بما إذا كانت بأمرِهِ، ثم رأيتُهُ كذلك في "عقد الفرائد"^(٤) معزياً إلى "المبسوط"^(٥))).

قلت: وسيأتي^(٦) أيضاً متناً قبيلَ الحوالةِ في العبدِ مع التقييدِ بكونهِ غيرَ مدَّيُونٍ مُستغرقٍ. [٢٥٣٥٢] (قوله: والمُدَّعي) أي: مَنْ يكونُ له حقُّ الدَّعوى على غريمِهِ؛ إذ لا يلزمُ في إعطاءِ الكفيلِ الدَّعوى بالفعلِ.

[٢٥٣٥٣] (قوله: مكفول له) ويسمَّى الطالبُ أيضاً.

[٢٥٣٥٤] (قوله: مكفول عنه) هذا في كفالةِ المالِ دونَ كفالةِ النفسِ، ففي "البحر"^(٧) عن "التَّارِخَانِيَّةِ"^(٨): ((ويقالُ للمكفولِ بنفسِهِ: مكفولٌ به، ولا يقالُ: مكفولٌ عنه)). لكن قال "الخَيْرُ الرَّمْلِيُّ"^(٩): ((ووجدنا بعضهم يقولُ، ووُجِدَ في "التَّارِخَانِيَّةِ"^(١٠) عن "الدَّخِيرَةِ")).

(١) "البحر": كتاب الكفالة ٢٢٤/٦.

(٢) "النهر": كتاب الكفالة ق ٤١٣/أ.

(٣) "تفصيل عقد الفرائد": فص من كتاب الكفالة والحوالة ٢٨٥/١.

(٤) "المبسوط": كتاب الكفالة - باب الكفالة عن الصبيان والمماليك ١٢/٢٠.

(٥) ص ٢٠٤ - "در".

(٦) "البحر": كتاب الكفالة ٢٢٥/٦.

(٧) "التَّارِخَانِيَّةُ": كتاب الكفالة - الفصل الأول في بيان ركن الكفالة وشرائط جوازها وحكمها ١/٩٩ق/٤، نقلًا

عن "شرح الطحاوي".

(٨) لم نقف عليه في مخطوطة "التَّارِخَانِيَّةِ" التي بين أيدينا.

كفيل»، ودليها: الإجماع، وسنده: قوله عليه الصلاة والسلام: «(الرَّعِيمُ غَارِمٌ)».

[٢٥٣٥٥] (قوله: كفيل) ويسمى: ضامناً، وضميناً، وحميلاً، وزعيماً، وصبيراً، وقبيلاً، وتماؤه في "حاشية البحر" لـ "الرملّي".

[٢٥٣٥٦] (قوله: وسنده) أي: سند الإجماع؛ إذ لا إجماع إلا عن مستند وإن لم يلزم علمنا به.

[٢٥٣٥٧] (قوله: قوله عليه الصلاة والسلام: «(الرَّعِيمُ غَارِمٌ)» أي: يلزمه الأداء عند المطالبة به، فهو بيان لحكم الكفالة. والحديث - كما في "الفتح"^(١) - رواه "أبو داود" و"الترمذي" وقال: حديث حسن^(٢).

(١) "الفتح": كتاب الكفالة ٢٨٣/٦.

(٢) روى إسماعيل بن عياش حدثنا شريح بن مسلم الخولاني عن أبي أمامة الباهلي رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول في خطبته عام حجة الوداع: «(إِنَّ اللَّهَ قَدْ أَعْطَى كُلَّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ، وَلَا وَصِيَّةَ لَوَارِثٍ، الْوَلَدُ لِلْفَرْشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرِ، وَحَسَابُهُمْ عَلَى اللَّهِ، مَنْ ادَّعَى إِلَى غَيْرِ أَبِيهِ أَوْ اتَّعَى إِلَى غَيْرِ مَوَالِيهِ فَعَلَيْهِ لَعْنَةُ اللَّهِ التَّابِعَةُ إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ، وَلَا تَنْفِقِ الْمَرْأَةُ شَيْئاً مِنْ بَيْتِهَا إِلَّا بِإِذْنِ زَوْجِهَا)». فقيل: يارسول الله ولا الطعام؟! قال: «(ذَلِكَ أَفْضَلُ أَمْوَالِنَا)»! ثُمَّ قَالَ: «(إِنَّ الْعَارِيَةَ مُؤَدَّاةٌ، وَالْمُنْحَةَ مَرْدُودَةٌ، وَالَّذِينَ مَقَضَيْ، وَالرَّعِيمُ غَارِمٌ)». رواه أصحاب إسماعيل عنه مختصراً ومطولاً، والحديث واحد، قطع بعض الرواف والمصنفين اختصاراً، وبعضهم لا يذكر لفظ «(الرَّعِيمُ غَارِمٌ)».

فقد رواه يحيى بن معين، وعبد الرزاق، وسعيد بن منصور، وهارون بن معروف، وأبو المغيرة، وهناد، وعلي بن حنجر، وعبد الوهاب بن نجدة الحوطي، وأبو بكر بن أبي شيبة، وأبو داود وأبو الوليد الطيالسيان والحسن بن عرفة ويحيى بن حسان، كلهم ذكروا لفظ «(الرَّعِيمُ غَارِمٌ)». واختصره الأحمش وابن إسحاق وهشام بن عمار وأسند بن موسى عن إسماعيل فرووه دون هذا اللفظ.

أخرجه أبو داود (٢٨٧٠) في الوصايا - باب في الوصية للوارث، و(٣٥٦٥) في البيوع - باب في تضمين العارية، والترمذي (٦٧٠) في الزكاة - باب نفقة المرأة من بيت زوجها، وقال: حسن (١٢٦٥) في البيوع - باب العارية مؤداة، وقال: حسن غريب، و(٢١٢٠) في الوصايا - باب لا وصية لوارث، وابن ماجه (٢٠٠٧) في النكاح - باب الولد للفراش، و(٢٤٠٥) في الصلقات - باب الكفالة، و(٢٣٩٨) باب العارية، و(٢٧١٣) في الوصايا - باب لا وصية لوارث، وعبد الرزاق (٧٢٧٧) و(١٤٧٦٧) و(١٤٧٩٦) و(١٦٣٠٨) و(١٦٦٢١)، وأحمد ٥/٢٦٧، وأبو بكر بن أبي شيبة ٤/٤١٥ و٦/١٤٥ و٥٨٥ و٧/٢٠٠ و٨/٧٢٧ و١١/١٤٩، وأبو داود الطيالسي (١٢٢٧) و(١٢٢٨)، وسعيد بن منصور (٤٢٧)، وعبد الله بن أحمد في "زوائد المسند" ٥/٢٦٧، =

= "والعلل" (٣٩٥٢)، والطبراني في "الكبير" (٧٦١٥) و(٧٦٢١)، و"مسند الشاميين" (٥٤١)، وابن الجارود في "المتقى" (١٠٢٣)، وأبو جعفر الطحاوي في "شرح المعاني" (١٠٤/٣)، وفي "بيان المشكل" (٣٦٣٣)، والذارقطني (١٦٦/٣)، وابن عدي في "الكامل" (٢٩٢/١ - ٢٩٣)، ونعمان في "الفوائد" كما في "الروض البسام" (٦٩٨)، وأبو نعيم في "إخبار أصبهان" (٢/٢٢٨)، وأبو بكر البيهقي في "الكبرى" (٤/١٩٣ - ١٩٤ و٦/٧٢ و٨٨ و٢١٢ و٢٦٤)، وابن عبد البر (١٢/٣٩)، والقضاعي في "مسند الشهاب" (٥٠)، وابن عساكر في "تاريخ دمشق" (٤٨/٩).

وزاد أبو المغيرة عبد القدوس بن الحجاج عند ابن عدي: شريح بن مسلم الخولاني، وصفوان الأصم الطائي عن أبي أمامة به.

قال الترمذي: حسن صحيح، وقد روي عن أبي أمامة عن النبي من غير هذا الوجه، ورواية إسماعيل بن عياش عن أهل العراق وأهل الحجاز ليس بذلك فيما تقرر به؛ لأنه روى عنهم مأكبر، وروايته عن أهل الشام أصح. هكذا قال محمد بن إسماعيل.

قال الطحاوي: وإن كان ذلك لم يرو إلا من جهة واحدة غير أن أهل العلم قد قبلوا ذلك واحتجوا به فغني بذلك عن طلب الأسانيد فيه.

قال ابن حجر في "التلخيص" (٩٢/٣): وهو حسن الإسناد. ثم قال: قال الشافعي: روى بعض الشاميين حديثاً ليس مما يثبت أهل الحديث، فإن بعض رواته مجهولون... وكأنه أشار إلى حديث أبي أمامة المتقدم. وشريح بن مسلم الخولاني الشامي: قال أحمد: من ثقات الشاميين، وثقه ابن نمير والعلجلي وابن حبان، وقال ابن معين: ضعيف.

ورواه المسيب بن واضح عن إسماعيل بن عياش عن محمد بن زياد عن أبي أمامة مختصراً. أخرجه الطبراني في "الكبير" (٧٥٣١). والمسيب بن واضح: كان النسائي حسن الرأي فيه، قال أبو حاتم: صدوق يخطئ كثيراً، فإذا قيل له لم يقبل. ولعل هذا من أخطائه، فقد خالف عامة أصحاب إسماعيل من الأئمة الثقات الأثبات.

ورواه محمد بن إسماعيل بن عياش عن أبيه عن ضمضم بن عمرو عن شريح بن عبيد، قال: قال خديش عن أبي أمامة الباهلي: أنه شهد مع رسول الله حجة الوداع، وفيه: ((ألا إن العارية مؤداة، وإن المنحة مؤداة، والولد للغيراش وللعاشر المحترق)).

أخرجه الطبراني في "الكبير" (٧٦٤٧). ومحمد بن إسماعيل بن عياش: قال أبو داود: لم يكن بذلك، قد رأيته، ودخلت حمصاً غير مرة وهو حي، وسألت عمرو بن عثمان عنه فذمه، وقال أبو حاتم: لم يسمع من أبيه شيئاً، حملوه على أن يحدث فحدث. وخطوه ومخالفته للثقات واضح.

وروى المعتبر بن سليمان عن الحجاج بن فرافصة عن محمد بن الوليد عن أبي عامر الهوزني عن أبي أمامة مختصراً. أخرجه النسائي في "الكبرى" (٥٧٨١) في العارية - المنيحة، والطبراني في "الكبير" (٧٦٤٨)، والروائي في "مسنده" (١٢٥٧). وأبو عامر الهوزني عبد الله بن يحيى ثقة، والحجاج بن فرافصة: شيخ صالح متعب، قال أبو زرعة: ليس بالقوي، وقال ابن معين: لا بأس به. ومحمد بن الوليد: هو الزبيدي الشامي، الثقة.

= وروى الهيثم بن خارجة عن الجرّاح بن مليح البهراني عن حاتم بن حريث الطائي عن أبي أمامة عن النبي ﷺ قال: ((العارية مؤداة، والمنحة مردودة، ومن وجد لفحة مصراة فلا يجبل له صرارها حتى يرثيها)). دون ذكر ((الزعم غارم)).

أخرجه النسائي في "الكبرى" (٥٧٨٢)، وأبو حاتم بن حبان كما في "الإحسان" (٥٠٩٤)، والطبراني (٧١٣٧). وروى الوليد بن مسلم عن عبد الرحمن بن يزيد بن جابر عن سليم بن عامر وغيره عن أبي أمامة وغيره عن النبي ﷺ قال: ((ألا إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه، ألا وصية لوارث)). أخرجه ابن الجارود في "المتقى" (٩٤٩).

ورواه ابن المبارك عن عبد الرحمن بن يزيد بن جابر عن سعيّد بن أبي سعيّد عن سمع النبي ﷺ، (ح) ورواه العباس بن الوليد بن مزيد عن أبيه عن ابن جابر عن سعيّد بن أبي سعيّد شيخ السّاحل، حدّثني رجل من أهل المدينة، قال: إني لتحت نافذة رسول الله، فذكر نحوه. أخرجه أحمد ٢٩٣/٥، والدارقطني ٧٠/٤، والخطيب في "المتقى والمفتق" ١٠٤٥/٢ - ١٠٤٦.

ورواه الحسن بن سفيان الفسوي وأحمد بن أنس بن مالك وأبو بكر الباغندي عن هشام بن عمار عن محمد بن شعيب بن شابور عن سعيّد بن أبي سعيّد عن أنس بن مالك قال: إني لتحت نافذة رسول الله ﷺ عليّ لعائها قال: ((العارية مؤداة والمنحة مردودة...)) بطولي. ورواه ابن ماجه عن هشام بن عمار وعبد الرحمن بن إبراهيم الدمشقيّ. وبعضهم يرويه مقطوعاً ومختصراً.

أخرجه ابن ماجه (٢٣٩٩) في الصلّات - باب العارية، و(٢٧١٤) في الوصايا - باب لا وصية لوارث، والطبراني في "الشمسين" (٦٢١)، والضياء في "المختارة" (٢١٤٤ - ٢١٤٦) وابن عساكر في "تاريخ دمشق" ٢٧٩/٢١ و٢٨٠. زاد الباغندي في سعيّد: المقبري.

ورواه سليمان بن عبد الرحمن الدمشقي ومحمود بن خالد وداود بن رشيد وسليمان بن أحمد الواسطي عن عمر بن عبد الواحد حدّثني سعيّد بن أبي سعيّد عن أنس بن مالك نحوه.

أخرجه أبو داود (٥١١٥) في الأدب - باب الرجل يتمي إلى غير مواليه، والطبراني في "الشمسين" (٦٢٠)، والدارقطني ٧٠/٤ - وعنه البيهقي ٢٦٤/٦، والضياء في "المختارة" (٢١٤٧)، وابن عساكر في "تاريخ دمشق" ٢٧٨/٢١. زاد سليمان بن عبد الرحمن في سعيّد: ونحن ببغداد. وزاد سليمان الواسطي عند ابن عساكر: ابن أبي سعيّد المقبري ونحن ببغداد. ووقع عند الزبلي في "نصب الرأية" ٥٨/٤ نقلاً عن "مسند الشاميين" في سعيّد (المقبري)، ولم أجده في "مسند الشاميين" من رواية أحمد بن أنس، إلا أن هذا يوافق ما ذكره ابن عساكر من رواية سليمان بن أحمد الواسطي، ورواية أبي بكر الباغندي.

قال ابن عساكر: فرق الخطيب في "المتقى والمفتق" بين المقبري وبين سعيّد بن أبي سعيّد الذي حدّث ببغداد، ووجه ذلك أنه. ومضى على ذلك في "أطرافه"، وتبعه المزني في "تحفة الأشراف" ٢٢٥/١، و"تهذيب الكمال" ٤٧١/١٠، والبوصيري في "مصباح الزجاجة" ٦٢/٢ (٨٤٨).

- قال الزُّبَيْعِيُّ في "نصب الرّاية" ٤/٤٠٤: قال ابنُ عبدِ الهادي صاحبُ "التنقيح": حديثُ أنسٍ ذَكَرَهُ ابنُ عساکرَ وشيخنا المِزِّيُّ في "الأطراف"، وهو خطأ، وإنما هو السَّاجِلِيُّ، ولا يُحْتَجُّ به... وقال في نعليقٍ له على "تحفة الأشراف" ١/٢٢٥: وليس هو المُقْبِرِيُّ، أحدُ الثَّقَاتِ، والظاهرُ: أَنَّهُ سَعِيدُ بْنُ خَالِدٍ، أَي: ابنُ أَبِي طَوِيلٍ الصَّيْدَاوِيِّ، فقد روى عنه مُحَمَّدُ بْنُ شُعَيْبٍ.

وتَبِعَهُ على ذلك ابنُ حجرٍ في "التهذيب" ٢٢٢/٢ فقال: وَذَكَرَ الحافظُ سعدُ الدِّينِ الحارثِيُّ أَنَّ ابنَ عساکرَ لم يُصِبْ في توهيمِ الخطيب، وَصَدَّقَ الحارثِيُّ، وقد جاء في كثيرٍ من الروايات عن ابنِ جابرٍ عن سَعِيدِ بْنِ أَبِي سَعِيدٍ السَّاجِلِيِّ عن أنسٍ. والروايةُ التي وَقَعَتْ لابنِ عساکرَ فيها (المُقْبِرِيُّ) كأنها وَهْمٌ من أحدِ الرواة، وهو سَلِيمَانُ بْنُ أَحْمَدَ الواسِطِيِّ - ضعيفٌ جدًّا - وكذلك رَواهُ الباغنديُّ، وهو وإن كان حافظًا إِلَّا أَنَّهُ غَيْرُ مَرْضِيٍّ، قال الدارقطنيُّ: مُدَلَّسٌ مُخْلَطٌ، قال الإسماعيليُّ: لَا أَتَّهِمُهُ في قَصْدِ الكَذِبِ. وروى ابنُ ماجهٍ في الجهادِ عن عيسى بنِ يونسَ الرَّمْلِيِّ عن مُحَمَّدِ بْنِ شُعَيْبٍ بنِ شَابُورٍ عن سَعِيدِ بْنِ خَالِدٍ بنِ أَبِي الطَّوِيلِ الصَّيْدَاوِيِّ - ويقال: البيرونيُّ - عن أنسٍ حديثًا. فيَحْتَمِلُ أَنَّ يَكُونُ سَعِيدُ بْنُ أَبِي سَعِيدٍ السَّاجِلِيُّ هو سَعِيدُ بْنُ خَالِدٍ هَذَا، فقد أخرج له ابنُ ماجهٍ حديثين من روايةِ ابنِ شُعَيْبٍ عن ابنِ جابرٍ عنه، فيَحْتَمِلُ أَنَّ يَكُونُ ابنُ جَابِرٍ سَقَطَ في حديثِ سَعِيدِ بْنِ خَالِدٍ. والله أعلم.

وأخرجه عبدُ الرَّزَّاقِ في "المصنّف" (١٤٧٩٧) عن مُعَمَّرٍ عن ابنِ طَاسٍ عن أبيه في قِصَّةٍ معاذٍ: ((كُلَّ عَارِيَةٍ مَرْدُودَةٍ، وَالرَّعِيمَ غَارِمًا)).

ورواه إسماعيلُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ بنِ زُرَّارَةَ السُّكْرِيُّ الرَّقِّيُّ عن شيخٍ يقالُ له: عبدُ العزيزِ بنُ عبدِ الرَّحْمَنِ القُرَشِيُّ البَلِيسِيُّ عن خُصَيْفٍ عن أَبِي صَالِحٍ عن أسماءَ بنتِ يزيدٍ الأنصاريَّةِ عن خُزَيْمَةَ بنتِ ثابتٍ الأنصاريَّةِ: ((بَنِي لِقَائِمٍ نَحْتُ جِرَانٍ نَاقَةٍ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ تَقْصَعُ عَلَيَّ بِجِرَّتِهَا، وَيَذُوبُ عَلَيَّ لُعَابُهَا... فَذَكَرَ الحديثُ، وفيه: ((وَلَا وَصِيَّةَ لِنَارِثٍ، وَالْوَلَدُ لِلْفَرَّاشِ، وَالْعَارِيَةُ مَرْدُودَةٌ، وَالَّذِينَ مَقْضِي، وَالرَّعِيمَ غَارِمًا، وهو النكيل)). قال عبدُ اللَّهِ بنُ أَحْمَدَ في "الجلل" (٥٤١٩): سَأَلْتُ أَبِي عن أَحاديثِ عبدِ العزيزِ، فقال أبي: اضْرِبْ على حديثه، هي كَذِبٌ، أو قال: موضوعة، أو كما قال أبي، فَضَرَبْتُ على أَحاديثِ عبدِ العزيزِ بنِ عبدِ الرَّحْمَنِ.

ورواه إسماعيلُ الشَّعْبَرِيُّ عن إسماعيلِ بنِ أَبِي زِيَادٍ عن الثَّوْرِيِّ عن سالمٍ الأَافِطِيِّ عن سَعِيدِ بْنِ جَبْرِ عن ابنِ عباسٍ مرفوعًا: ((الرَّعِيمُ غَارِمًا، وَالَّذِينَ مَقْضِي، وَالْعَارِيَةُ مُدَاةٌ، وَالْمُذْنَةُ مَرْدُودَةٌ)). أخرجه ابنُ عُديٍّ في "الكامل" ١/٣١٤. وإسماعيلُ بْنُ أَبِي زِيَادٍ: كوفيٌّ مُتَكَرِّرُ الحديثِ، وإسماعيلُ هَذَا عَامَّةُ ما يرويه لَا يَتَّبِعُهُ أَحَدٌ عليه، إمَّا إسنادًا وإمَّا منأً.

ورواه عبدُ اللَّهِ بنُ شَيْبٍ عن إِسْحَاقَ بنِ مُحَمَّدٍ الفَرَوِيُّ عن عبدِ اللَّهِ بنِ عمرَ العُمَرِيِّ عن زيدِ بنِ أسلمَ عن ابنِ عمرَ مرفوعًا: ((الْعَارِيَةُ مُدَاةٌ)).

أخرجه البزارُ كما في "كشف الأستار" (١٢٩٧). قال البزارُ: لَا نَعْلَمُهُ عن ابنِ عمرَ إِلَّا بهذا الإسناد: وعبدُ اللَّهِ بنُ شَيْبٍ: قال الذَّهَبِيُّ: أحباريٌّ وإو، وقال أبو أحمدَ الحاكمُ: ذاهبُ الحديثِ، وقال ابنُ حبانٍ: يُغَيِّبُ الأخبارَ وَيُزِيلُهَا.

وتركها أحوط.....

وقد استدلل في "الفتح" ^(١) لشرعيتها بقوله تعالى: ﴿وَلَمَنْ جَاءَهُ يَوْمَ جَمَلٍ بِعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ [يوسف: ٧٢]. وعادتهم تقديم ما ورد في الكتاب على ما في السنة، و"الشارح" لم يذكره أصلاً، ولعلّه لشهرته، أو لما قيل: إنه لا كفالة هنا؛ لأنه مستأجر لمن جاء بالصواع بحمل بعير، والمستأجر يلزمه ضمان الأجرة. ولكن جوابه أن الكفيل كان رسولاً من المالك لا وكيلًا بالاستئجار، والرسول سفير، فكأنه قال: إن المالك يقول: لمن جاء به حمل بعير، ثم قال الرسول: وأنا بذلك الحمل زعيم، أي: كفيل، وبُحث فيه في "النهر" ^(٢).

[٢٥٣٥٨] (قوله): وتركها أحوط أي: إذا كان يخاف أن لا يملك نفسه من الندم على ما ^(٣) فعله من هذا المعروف، أو المراد أحوط في سلامة المال لا في الديانة؛ إذ هي بالنية الحسنة تكون طاعة يُتاب عليها، فقد قال في "الفتح" ^(٤): ((ومحاسن الكفالة جميلة، وهي تفريغ كرب الطالب الخائف على ماله، والمطلوب الخائف على نفسه حيث كفيًا مؤونة ما أهمهما، وذلك نعمة كبيرة عليهما، ولذا كانت من الأفعال العالية))، وتأمّله فيه.

(قوله: وبُحث فيه في "النهر") بقوله: ((وفي كونه مستأجرًا نظرًا؛ إذ المستأجر مجهول، فأني تصحّ الإجارة؟ وأيضاً فيه عدول عن الظاهر بما لا داعي إليه؛ إذ على ما ادّعى يكون قوله: ((وأنا به زعيم)) تصريحاً بما عُلِمَ من قوله: ﴿وَلَمَنْ جَاءَهُ يَوْمَ جَمَلٍ بِعِيرٍ﴾. وقال "الرازي": هذه كفالة لرد مال السرقة، وهو كفالة لما لم يجب؛ لأنه لا يحلّ للشارق أن يأخذ شيئاً على ردّ السرقة، ولعلّ مثل هذه الكفالة كانت تصحّ عندهم)) اهـ. لكن فيما قاله "الرازي" تأمل؛ إذ لا يرد ما قاله إلا لو كان حمل البعير لخصوص السارق، تأمل.

(١) "الفتح": كتاب الكفالة ٢٨٣/٦.

(٢) انظر "النهر": كتاب الكفالة ق ١٣/٤/ب.

(٣) ((ما)) ليست في "ب".

(٤) "الفتح": كتاب الكفالة ٢٨٣/٦.

مَكْتُوبٌ فِي التَّوْرَةِ: الزَّعَامَةُ أَوَّلُهَا مَلَامَةٌ، وَأَوْسَطُهَا نَدَامَةٌ، وَآخِرُهَا غَرَامَةٌ، "مَجْتَبَى".
(وكفالة النفسِ تنعقدُ بـ: كَفَلْتُ بِنَفْسِيهِ ونحوها

[٢٥٣٥٩] (قوله: مَكْتُوبٌ فِي التَّوْرَةِ إلخ) رَأَيْتُ فِي "الملتقط"^(١): ((قيل: مَكْتُوبٌ عَلَى بَابٍ مِنْ أَبْوَابِ الرُّومِ))، وفيه^(٢) زيادةٌ عَلَى مَا هُنَا: ((وَمَنْ لَمْ يُصَدِّقْ فَلْيُحَرِّبْ حَتَّى يَعْرِفَ الْبَلَاءَ مِنَ السَّلَامَةِ)).

[٢٥٣٦٠] (قوله: أَوَّلُهَا مَلَامَةٌ) سَقَطَ ((أَوَّلُهَا)) مِنْ بَعْضِ النُّسخِ، وَهُوَ مَوْحُودٌ فِي "البحر"^(٣) عَنْ "المجتنى". وَالْمَرَادُ - وَاللَّهُ أَعْلَمُ - أَنَّهُ يَعْقِبُهَا فِي أَوَّلِ الْأَمْرِ الْمَلَامَةُ لِنَفْسِهِ مِنْهُ، أَوْ مِنْ النَّاسِ، ثُمَّ عِنْدَ الْمَطَالِبَةِ بِالْمَالِ يَنْدُمُ عَلَى إِتْلَافِهِ لِمَالِهِ، ثُمَّ بَعْدَ ذَلِكَ يَغْرُمُ الْمَالَ، أَوْ يُتَبِعُ نَفْسَهُ بِإِحْضَارِ الْمَكْفُولِ بِهِ؛ لِأَنَّ الْغْرَمَ نَزْوَمُ الضَّرَرِ، وَمِنْهُ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿إِنَّكَ عَذَابُهَا كَانَ غَرَامًا﴾ [الفرقان: ٦٥].

مطلب: تَصِحُّ كِفَالَةُ الْكَفِيلِ

[٢٥٣٦١] (قوله: وكفالة النفسِ تنعقدُ إلخ) عبارة "الكثر"^(٤): ((وَتَصِحُّ بِالنَّفْسِ وَإِنْ تَعَدَّدَتْ)). قَالَ فِي "النَّهْرِ"^(٥): ((أَي: بَأَنْ أَخَذَ مِنْهُ كَفِيلًا ثُمَّ كَفِيلًا، أَوْ كَانَ لِلْكَفِيلِ كَفِيلٌ، وَيَجُوزُ عَوْدُ الضَّمِيرِ إِلَى النَّفْسِ بَأَنْ يَكْفُلَ وَاحِدٌ نَفْسًا، وَالْأَوَّلُ هُوَ الظَّاهِرُ)) اهـ. وَقَدْ مَنَّا^(٦) عَنْ "كَافِي الْحَاكِمِ" صَحَّةَ كِفَالَةِ الْكَفِيلِ بِالْمَالِ أَيْضًا.

[٢٥٣٦٢] (قوله: بـ: كَفَلْتُ بِنَفْسِيهِ) بَفَتْحِ الْفَاءِ^(٧) أَفْصَحُ مِنْ كَسْرِهَا، وَيَكُونُ مَعْنَى: عَالٍ، فَيَتَعَدَّى بِنَفْسِيهِ، وَمِنْهُ: ﴿وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا﴾^(٨) [آل عمران: ٣٧]، وَمَعْنَى: ضَمِنَ وَالتَّزَمَ، فَيَتَعَدَّى

(١) "الملتقط": كتاب الكفالة - مطلب: كفَلَ بنفسِ رجلٍ عَلَى أَنَّهُ إِنْ لَمْ يَسْمَعْ إِلَيْهِ إلخ ص ٤٠٩ - باختصار.

(٢) "البحر": كتاب الكفالة ٢٢٤/٦.

(٣) "انظر" شرح العيني عَلَى الْكَثَرِ: كتاب الكفالة ٦٨/٢.

(٤) "النهر": كتاب الكفالة ق ٤١٣/ب.

(٥) المقولة [٢٥٣٢٧] قوله: ((وَمَنْ عَرَّضَهَا بِالضَّمِّ فِي الدِّينِ إلخ)).

(٦) فِي "م": ((الْبَاءُ))، وَهُوَ خَطَأً.

(٧) هِيَ قِرَاءَةُ أَبِي جَعْفَرٍ وَنَافِعٍ وَإِبْنِ كَثِيرٍ وَإِبْنِ عَامِرٍ وَأَبِي عَمْرٍو وَيَعْقُوبَ. انظر "المبسوط فِي الْقِرَائَاتِ الْعَشْرَ": ص ٤٢٢ - ١.

مِمَّا يُعْبَرُ بِهِ عَنْ بَدْنِهِ) كَالطَّلَاقِ. وَقَدَّمْنَا^(١) ثَبَّةً أَنَّهُمْ لَوْ تَعَارَفُوا إِطْلَاقَ الْيَدِ عَلَى الْجُمْلَةِ وَقَعَ بِهِ الطَّلَاقُ، فَكَذَا فِي الْكِفَالَةِ، "فَتَح"^(٢). (و) بِجُزْءٍ شَائِعٍ ك: كَفَلْتُ (بِنَصْفِهِ، أَوْ رُبْعِهِ، وَ) تَنْعَقِدُ (ب: ضَمْنَتُهُ، أَوْ: عَلِيٍّ، أَوْ: إِلَيَّ).....

بالحرف، واستعمال كثير من الفقهاء له متعدداً بنفسه مؤول^(٣)، "رملِي" عن "شرح الرُّوض"^(٤).

[٢٥٣٦٣] (قوله: مِمَّا يُعْبَرُ بِهِ عَنْ بَدْنِهِ) أَي: مِمَّا يُعْبَرُ بِهِ مِنْ أَعْضَائِهِ عَنْ جُمْلَةِ الْبَدَنِ كَرَأْسِهِ، وَوَجْهِهِ، وَرَقَبَتِهِ، وَعُنُقِهِ، وَبَدْنِهِ، وَرُوحِهِ، وَذَكَرُوا فِي الطَّلَاقِ الْفَرَجَ وَلَمْ يَذْكُرُوهُ هُنَا، قَالُوا: وَيَنْبَغِي صَحَّةُ الْكِفَالَةِ إِذَا كَانَتْ امْرَأَةً، كَذَا فِي "التَّائِرْحَانِيَّة"^(٥)، "نَهْر"^(٦)، وَتَمَامُهُ فِيهِ.

[٢٥٣٦٤] (قوله: وَبِجُزْءٍ شَائِعٍ إلخ) لِأَنَّ النَّفْسَ [١/١٦٢٣/٣] الْوَاحِدَةَ فِي حَقِّ الْكِفَالَةِ لَا يَتَجَرَأُ^(٧)، فَذِكْرُ بَعْضِهَا شَائِعاً كَذِكْرِ كُنْهَا، وَلَوْ أَضَافَ الْكَفِيلُ الْجُزْءَ إِلَى نَفْسِهِ ك: كَفَلَ لَكَ نَصْفِي أَوْ ثُلُثِي فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ، كَذَا فِي "السَّرَاجِ"، لَكِنْ لَوْ قِيلَ: إِنَّ ذِكْرَ بَعْضٍ مَا لَا يَتَجَرَأُ كَذِكْرِ كُلِّهِ لَمْ يَفْتَرِقِ الْحَالُ، "نَهْر"^(٨).

[٢٥٣٦٥] (قوله: وَتَنْعَقِدُ ب: ضَمْنَتُهُ إلخ) أَمَّا ((ضَمْنَتُهُ)) فَلَأَنَّهُ تَصْرِيحٌ بِمَقْتَضَى الْكِفَالَةِ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ ضَامِناً لِلتَّسْلِيمِ، وَالْعَقْدُ يَنْعَقِدُ بِالتَّصْرِيحِ بِمُوجِبِهِ كَالْبَيْعِ يَنْعَقِدُ بِالتَّمْلِيكِ.

(١) ١٨٧/٩ و ١٨٩ "در".

(٢) "الفتح": كتاب الكفالة ٢٨٦/٦ بتصرف.

(٣) نقول: لا داعي للتأويل فقد ورد استعماله عن العرب متعدداً بنفسه بمعنى ضمن والتزم، كما في "اللسان" والمصباح: "مادة ((كفل))".

(٤) هو شرح القاضي زكريا الأنصاري (ت ٩٢٥هـ) على "الروض" لابن المقرئ (ت ٨٣٧هـ)، وتقدمت ترجمته ٣٩٠/٨.

(٥) "التائر حانية": كتاب الكفالة والضمان - الفصل الثاني في الألفاظ التي تقع في الكفالة ٤/٢٠٠ أ.

(٦) "النهر": كتاب الكفالة ٤١٣/ب.

(٧) في "م": ((لا يتجرأ)) بالراء المهملة، وهو خطأ.

(٨) "النهر": كتاب الكفالة ٤١٣/ب.

وأما ((علي)) فلائنه صيغة التزام، ومن هنا أفتى "قارئ الهداية"^(١): ((بأنه لو قال: التزمت بما على فلان كان كفالة))، و((إلي)) بمعناه هنا، وتماؤه في "النهر"^(٢).
ثم اعلم أن ألفاظ الكفالة كل ما ينبئ عن العهدة في العرف والعادة، وفي "جامع الفتاوى"^(٣): ((هذا إلي، أو علي وأنا كفيل به، أو قبيل، أو زعيم كان كله كفالة بالنفس لا كفالة بالمال)) اهـ
"تارخانية"^(٤). وفي "كافي الحاكم": ((وقوله: ضمنت، وكفلت، وهو إلي، وهو علي سواء كله، وهو كفيل بنفسه)) اهـ. ثم ذكر في باب الكفالة بالمال: ((إذا قال: إن مات فلان قبل أن يوفيك مالك فهو علي فهو جائز)) اهـ. فقد عُلِمَ أن قوله أولاً: ((هو إلي، هو علي، كفيل بنفسه)) إنما هو حيث كان الضمير للرجل المكفول به، أما لو كان الضمير للمال فهو كفالة مال، وكذا بقية الألفاظ، ففي "التارخانية"^(٥) أيضاً عن "الخلاصة"^(٦): ((لو قال ربّ المال: أنا ضامن ما عليه من المال فهذا ضمان صحيح))، ثم قال^(٧): ((ولو ادّعى أنه غصبه عبداً ومات في يده فقال: خله فأنا ضامن بقيمة العبد فهو ضامن يأخذه منه من ساعته، ولا يحتاج إلى إثبات بالبينة)) اهـ.
فقد ظهر لك أن ما مر^(٨) أولاً عن "التارخانية": ((من أن هذه الألفاظ كفالة نفس لا كفالة مال))

(١) "فتاوى قارئ الهداية": مسألة في أن الالتزام كالكفالة ص ٨٦.

(٢) انظر "النهر": كتاب الكفالة ق ٤١٣ ب.

(٣) لأبي القاسم السمرقندي (ت ٥٥٦ هـ) كما في "التارخانية"، وليس بين أيدينا. وانظر "كشف الفنون" ١/ ٥٦٥، ٥٧٠ - ٥٧١.

(٤) "التارخانية": كتاب الكفالة والضمان - الفصل الثاني في الألفاظ التي تقع في الكفالة ٤/ ١٩٩ ب.

(٥) "التارخانية": كتاب الكفالة والضمان - الفصل الثاني في الألفاظ التي تقع في الكفالة ٤/ ١٩٩ ب - ق ٢٠٠ أ.

(٦) "الخلاصة": كتاب الكفالة - الفصل الأول في المقدمة وألفاظ الكفالة ق ٢٥٢ أ بتصرف.

(٧) "التارخانية": كتاب الكفالة والضمان - الفصل الثاني في الألفاظ التي تقع في الكفالة ٤/ ٢٠٠ أ، نقلاً عن "الخلاصة" أيضاً.

(٨) في هذه المقالة.

ليس المراد به^(١) أنها لا تكون كفالة مال أصلاً، بل المراد أنه إذا قال: أنا به كفيل، أو زعيم إلخ، أي: بالرجل كان كفالة نفس؛ لأنها أدنى من كفالة المال، ولم يصرح بالمال، بخلاف ما إذا توجهت هذه الألفاظ على المال، فإنها تكون كفالة مال؛ لأنها صريحة به، فلا يراد بها الأدنى وهو كفالة النفس مع التصريح بالمال أو بضميره، وهذا معنى ما نقله "الشلبي"^(٢) عن "شرح القلوري" للشيخ "أبي نصر الأقطع"^(٣) من قوله: ((فإذا ثبت أن هذه الألفاظ يصح الضمان بها فلا فرق بين ضمان النفس وضمان المال)) اهـ. أي: إذا قال ضمنت زيداً أو أنا كفيل به، أو هو عليّ، أو إليّ يكون كفالة نفس كما أفنى به في "الخيرية"^(٤). وإذا قال: ضمنت لك ما عليه من المال أو أنا كفيل به إلخ فهو كفالة مال قطعاً، وأما إذا لم يعلم المكفول به أنه كفالة نفس أو مال فلا تصح الكفالة أصلاً كما يأتي^(٥) بيانه قريباً. وبه عُلِمَ أنه لا تحرير فيما قاله "الشلبي"^(٦) بعد ما مر^(٧) عن "شرح الأقطع": ((من أنه ينبغي أن يقال: هذه الألفاظ إذا أُطلقت تحمّل على الكفالة بالنفس، وإذا كان هناك قرينة على الكفالة بالمال تتمحض حينئذٍ للكفالة به)) اهـ. فإنه إذا لم يعلم المكفول به بأن قال: أنا ضامن ولم يصرح بنفس ولا مال لا تصح أصلاً كما يأتي^(٨)، فقوله: ((تحمّل على الكفالة بالنفس)) مخالف للمنقول كما تعرفه.

نعم، لو قامت قرينة على أحدهما يمكن أن يقال: يعمل بها، كما إذا قال قائل: اضمن لي هذا الرجل، فقال الآخر: أنا ضامن فهو قرينة على كفالة النفس، وإن قال: اضمن لي ما عليه من المال، فقال: أنا ضامن فهو قرينة على المال؛ لأنّ الجواب مُعَادٌ في السؤال، فافهم واغتم تحرير هذه المسألة، فإنك لا تجده في غير هذا الكتاب، ولله الحمد.

(١) ((٤)) ليست في "ب" و"م".

(٢) "حاشية الشلبي" على "التبيين": كتاب الكفالة ١٤٨/٤ (هامش "تبيين الحقائق").

(٣) شرح أبي نصر الأقطع البغدادي (ت ٤٧٤هـ) على "مختصر القلوري"، وتقدم ترجمته ٣٧١/١.

(٤) "الفتاوى الخيرية": كتاب الكفالة ٢٤٩/١.

(٥) المقولة [٢٥٣٦٨] قوله: ((وتعقّد بقوله: أنا ضامن حتى تجتمعا إلخ)).

(٦) "حاشية الشلبي" على "التبيين": كتاب الكفالة ١٤٨/٤ (هامش "تبيين الحقائق").

(٧) في هذه المقولة.

(٨) المقولة [٢٥٣٦٨] قوله: ((وتعقّد بقوله: أنا ضامن حتى تجتمعا إلخ)).

أو: عندي، (أو: أنا به زعيم) أي: كفيل، (أو: قبيل به) أي: بفلان، أو: غريم،.....

مطلب: لفظ ((عندي)) يكون كفالة بالنفس ويكون كفالة بالمال

(٢٥٣٦٦) (قوله: أو عندي) في "البحر"^(١) عن "التأخرانية"^(٢): ((لك عندي هذا الرجل، أو قال: دعه إليّ كانت كفالة)) اهـ. يعني بالنفس. وقال في "البحر"^(٣) أيضاً - عند [١٦٢٣/ب] قوله: ((ولو قال: إن لم أوفك به غداً إلخ)) - عن "الخانية"^(٤): ((إن لم أوفك به فعندي لك هذا المال لزمه؛ لأنّ ((عندي)) إذا استعمل في الدّين يُراد به الوجوب، وكذا لو قال: إليّ هذا المال)) اهـ. فهذا صريح أيضاً بأنّ عندي يكون كفالة نفس وكفالة مال بحسب ما توجه إليه اللفظ، وبه أفتى في "الخيرية"^(٥) و"الحامدية"^(٦). وأمّا ما قاله في "البحر"^(٧) - عند قول "الكنز": ((وبما لك عليه)) -: ((من أنّ ((عندي)) كـ ((عليّ)) في التعليق فقط، ولا تفيد كفالة بالمال بل بالنفس))، وما أفتى به: ((من أنّه لو قال: لا تطالب فلاناً مالك عندي لا يكون كفيلاً)) فقد ردّه في "النهر"^(٨) بأنّ ما مرّ عن "الخانية" من العلة المذكورة: ((غير مقيّد بالتعليق))، وردّه "المصنّف"^(٩) أيضاً، وكذا "الخير الرّملي"^(١٠) بقولهم: ((إنّ مطلق لفظ ((عندي)) للوديعة،

(١) "البحر": كتاب الكفالة ٢٢٦/٦.

(٢) "التأخرانية": كتاب الكفالة والضمان - الفصل الثاني في الألفاظ التي تقع في الكفالة ٤/١٩٩ ب، نقلاً عن "أجناس الناطقي".

(٣) "البحر": كتاب الكفالة ٢٣٢/٦.

(٤) "الخانية": كتاب الكفالة والحوالة - مسائل في تسليم نفس المكفول به ٥٨/٣ بتصرف (هامش "الفتاوى الهندية").

(٥) "الفتاوى الخيرية": كتاب الكفالة ١/٢٤٦.

(٦) انظر "العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية": كتاب الكفالة ١/٢٨٣ - ٢٨٤.

(٧) "البحر": كتاب الكفالة ٢٣٧/٦ بتصرف.

(٨) "النهر": كتاب الكفالة ٤١٦/ب.

(٩) "المنع": كتاب الكفالة ٤٤٤/ق ٢.

(١٠) "الفتاوى الخيرية": كتاب الكفالة ١/٢٤٦، نقلاً عن "التأخرانية".

أو: حميلٌ بمعنى ((محمول))، "بدائع"^(١). (و) تنعقد بقوله: (أنا ضامنٌ حتى تجتمعا، أو: حتى تلتقيا)^(٢) ويكون كفيلاً إلى الغاية،

لكنه بقرينة الدين يكون كفالاً)، وفي "الريعي"^(٣) من الإقرار: ((أنه العرف)). قال "الرمل"^(٤): ((ومقتضى ذلك أن القاضي لو سأل المدعى عليه عن جواب الدعوى فقال: عندي كان إقراراً)) اهـ.

٢٥٣/٤

[٢٥٣٦٧] (قوله: بمعنى محمول) كذا عزاه "المصنف"^(٥) إلى "البدائع" أيضاً، قال "ط"^(٦): ((الأظهر أن يكون بمعنى فاعل؛ لأنه حاملٌ لكفاليته)).

[٢٥٣٦٨] (قوله: وتنعقد بقوله: أنا ضامنٌ حتى تجتمعا إلخ) أقول: اشتبه هنا على "المصنف" مسألة بمسألة بسبب سقط وقع في نسخة "الحائية" التي نقل عنها في "شرح"^(٧)، فإنه قال فيه: ((قال في "الحائية": وعن "أبي يوسف": لو قال: هو عليّ حتى تجتمعا، أو حتى تلتقيا لا يكون كفالاً؛ لأنه لم يبين المضمون أنه نفس أو مال)) اهـ. مع أن عبارة "الحائية" هكذا^(٨): ((وعن "أبي يوسف": لو قال: هو عليّ حتى تجتمعا، أو قال: عليّ أن أوفيك به

(قوله: الأظهر أن يكون بمعنى فاعلٍ إلخ) وعلى كونه بمعنى مفعول يكون معناه أن المدبون حملته هذه الكفالة بأن كانت بأمره، تأمل.

(١) "البدائع": كتاب الكفالة ٢/٦ - ٣.

(٢) في "د" و"و": ((حتى يجتمعا أو حتى يلتقيا)).

(٣) "تبين الحقائق": كتاب الإقرار ٧/٥.

(٤) لم نثر على المسألة في مطبوعة "الفتاوى الخيرية" التي بين أيدينا، وللرمل كتابات على "الريعي" كما أشار إلى ذلك ابنه في "نزهة النواظر على الأشباه والنظائر" ٤/٣٤٨ (ذيل "غمر عيون البصائر").

(٥) "المنح": كتاب الكفالة ٢/٤٤٤/ب.

(٦) "ض": كتاب الكفالة ٣/١٤٧.

(٧) "المنح": كتاب الكفالة ٢/٤٤٤/ب.

(٨) "الحائية": كتاب الكفالة والحوالة ٣/٥٢ (هامش "الفتاوى الهندية")، والعبارة فيها كما ذكر ابن عابدين رحمه الله.

أو ألقاك به كانت كفالةً بالنفس. ولو قال: أنا ضامنٌ حتى تجتمعا، أو حتى تلتقيا لا يكون كفالةً؛ لأنه لم يُبين المضمون أنه نفسٌ أو مالٌ)) اهـ كلامُ "الخاتية". وفي "السراج": ((لو قال: هو عليٌّ حتى تجتمعا أو تلتقيا فهو جائزٌ؛ لأنَّ قوله: هو عليٌّ ضمانٌ مضافٌ إلى العين، وجعلَ الالتقاء غايةً له)) اهـ. يعني أنَّ الضميرَ في: ((هو عليٌّ)) عائدٌ إلى عينِ الشخصِ المكفولِ به، فيكونُ كفالةً نفسِ إلى التقائِهِ مع غريمِهِ، بخلافِ قوله: ((أنا ضامنٌ حتى تجتمعا أو حتى تلتقيا)) فلا يصحُّ أصلاً؛ لأنَّ قوله: ((أنا ضامنٌ)) لم يُذكرْ فيه المضمونُ به هل هو النفسُ أو المالُ؟ فقد ظهرَ^(١) وجهُ الفرقِ بينَ المسألتين، فكان الصَّوابُ في التعبيرِ أنَّ يقالَ: وتعتدُّ بقوله: هو عليٌّ حتى تجتمعا أو تلتقيا، لا بـ: أنا ضامنٌ حتى تجتمعا أو تلتقيا؛ لعدَمِ بيانِ المضمونِ به، فتنبَّه لذلك.

[مطلب: "كافي الحاكم" هو العمدَةُ في نقلِ نصِّ المذهب]

ثمَّ إنَّ المسألةَ المذكورةَ في "كافي الحاكم" الذي جمعَ فيه كتبَ "ظاهر الرواية"، وهو العمدَةُ في نقلِ نصِّ المذهب، وذلك أنَّه قال: ((ولو قال: أنا به قبيلاً، أو زعيماً، أو قال: ضمينٌ فهو كفيلٌ. وقال "أبو يوسف" و"محمد": وكذلك لو قال: عليٌّ أنْ أوفيكَ به، أو عليٌّ أنْ ألقاك به، أو قال: هو عليٌّ حتى تجتمعا، أو حتى توفيا، أو حتى تلتقيا، وإنْ لم يقل: هو عليٌّ وقال: أنا ضامنٌ لك حتى تجتمعا أو تلتقيا فهو باطلٌ)) اهـ. ولم يذكرْ قولَ "أبي حنيفة" في المسألةِ فَعَلِمَ أنَّه لا قولَ له فيها في "ظاهر الرواية"، وإنَّما المسألةُ منقولةٌ عن الصَّاحِبِينَ فقط في ظاهرِ الروايةِ عنهما، وبه عُلِمَ أنَّ قولَ "الخاتية": ((وعن "أبي يوسف") ليس للحكايةِ الخلافُ ولا للتمريضِ، بل هو بيانٌ لكونِ ذلك منقولاً عنه، وكذا عن "محمدٍ" كما عُلِمَتْ، وحيث لم يوجدْ نصٌّ لـ "الإمام" فالعملُ على ما نقلَهُ الثَّقَاتُ عن أصحابِهِ كما عُلِمَ في محله.

(١) في "٧": ((فقد ظهر لك)).

"تتارخائية" (وقيل: لا) تنعقد (لعدم بيان المضمون به) أهو نفس أو مال؟ كما نقله في "الحائية" عن "الثاني"، قال "المصنف" ^(١): ((والظاهر أنه ليس المذهب))، لكنه استنبط منه في "فتاويه" ^(٢): ((أنه لو قال الطالب: ضمنت بالمال، وقال الضامن: إنما ضمنت بنفسه لا يصح))،

[٢٥٣٦٩] (قوله: "تتارخائية") عبارتها ^(٣): ((هو عليّ حتى تجتمعا، فهو كقيل إلى الغاية التي ذكرها)) اهـ. هكذا ذكره "المصنف" في "المنح" ^(٤)، وأنت خير بأن هذه المسألة ليست التي ذكرها في متنبه، فإنّ التي ذكرها في متنبه لا تنعقد فيها الكفالة أصلاً كما علمته [٢/١٦٣ق/٣] آنفاً ^(٥).

[٢٥٣٧٠] (قوله: كما نقله في "الحائية") قد أسمعناك ^(٦) عبارة "الحائية".

[٢٥٣٧١] (قوله: قال "المصنف": والظاهر أنه ليس المذهب الضمير في ((أنه)) عائد إلى ما نقله عن "الثاني"، وهو الذي عبّر عنه في المتن بقوله: ((وقيل: لا))، وقد علمت أنه ليس في المذهب قول آخر، بل هما مسألتان، إحداهما تصحّح فيها الكفالة، والأخرى لا تصحّح بلا ذكر خلافٍ فيهما كما حررناه آنفاً ^(٧).

[٢٥٣٧٢] (قوله: لكنه استنبط إلخ) يعني أنّ "المصنف" قال في "شرحه": ((إنه ليس المذهب)) مع أنه في فتاويه استنبط منه ما ذكر، ووجه الاستنباط: أنّ الطالب والضامن لم يتفقا على أمرٍ واحدٍ، فلم يعلم المضمون به هل هو نفس أو مال، فلا تصحّح الكفالة.

(١) "المنح": كتاب الكفالة ٢/٤٤ق/ب.

(٢) "فتاوى المصنف": فصل من كتاب الكفالة والحوالة ق ٥٤/ب بتصرف.

(٣) "التتارخائية": كتاب الكفالة - الفصل الثاني في الألفاظ التي تقع في الكفالة ٤/١٩٩ق/أ.

(٤) "المنح": كتاب الكفالة ٢/٤٤ق/ب.

(٥) في المقولة السابقة.

(٦) المقولة [٢٥٣٦٨] قوله: ((وتنعقد بقولي: أنا ضامن حتى تجتمعا إلخ)).

ثُمَّ قَالَ^(١): ((وينبغي أَنَّهُ إِذَا اعْتَرَفَ أَنَّهُ ضَمِنَ بِالنَّفْسِ أَنْ يُؤَاخِذَ بِإِقْرَارِهِ))، فَرَأَجَعَهُ.
 (كما) لَا تَتَعَدَّى (فِي) قَوْلِهِ: (أَنَا ضَامِنٌ) أَوْ كَفِيلٌ (لِمَعْرِفَتِهِ) عَلَى الْمَذْهَبِ خِلَافًا لـ
 "الثَّانِي"؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَلْتَزِمِ الْمَطَالِبَةَ، بَلِ الْمَعْرِفَةَ، وَاخْتَلَفَ فِي: أَنَا ضَامِنٌ لِتَعْرِيفِهِ أَوْ عَلَى تَعْرِيفِهِ،
 وَالْوَجْهَ اللَّزُومُ، "فَتْح"^(٢)، ك: أَنَا ضَامِنٌ لَوَجْهِهِ؛ لِأَنَّهُ يُعَبِّرُ بِهِ عَنِ الْجُمْلَةِ، "سَرَّاج". وَفِي:
 مَعْرِفَةُ فَلَانٍ عَلَيَّ يَلْزُمُهُ أَنْ يَدُلَّ عَلَيْهِ، "خَانِيَّة"^(٣)، وَلَا يَلْزَمُ أَنْ يَكُونَ كَفِيلًا، "نَهْر"^(٤).

[٢٥٣٧٣] (قَوْلُهُ: ثُمَّ قَالَ: وَيَنْبَغِي (لِخ) أَقُولُ: هَذَا مَسْلَمٌ إِذَا كَانَ الطَّالِبُ يَدْعِي كِفَالَةَ
 النَّفْسِ أَيْضًا، أَمَّا لَوْ ادَّعَى عَلَيْهِ كِفَالَةَ الْمَالِ فَقَطْ فَلَا؛ إِذِ الْإِقْرَارُ يَرْتَدُّ بِالرَّدِّ، وَلَا يُؤَاخِذُ الْمُقِرُّ
 بِلَا دَعْوَى، أَفَادَهُ "الرَّحْمَتِي".

[٢٥٣٧٤] (قَوْلُهُ: عَلَى الْمَذْهَبِ) لَأَنَّهُمْ قَالُوا: إِنَّهُ ظَاهِرُ الرَّوَايَةِ. زَادَ فِي "الْفَتْح"^(٥) عَنْ
 "الْوَاقِعَات": ((وَبِهِ يَفْتَى))، وَفِي "الْبَحْر"^(٦) عَنْ "الْخُلَاصَةِ"^(٧): ((وَعَلَيْهِ الْفَتْوَى)).

مَطْلَبٌ: لَوْ قَالَ: أَنَا أَعْرِفُهُ لَا يَكُونُ كَفِيلًا

[٢٥٣٧٥] (قَوْلُهُ: لِأَنَّهُ لَمْ يَلْتَزِمِ الْمَطَالِبَةَ، بَلِ الْمَعْرِفَةَ) فَصَارَ كَقَوْلِهِ: أَنَا ضَامِنٌ لَكَ عَلَى أَنْ
 أَوْفَقْتُكَ عَلَيْهِ، أَوْ: عَلَى أَنْ أَذْلَكَ عَلَيْهِ أَوْ عَلَى مَنْزِلِهِ، "فَتْح"^(٨)، قُلْ فِي "الْبَحْر"^(٩): ((وَأَشَارَ إِلَى
 أَنَّهُ لَوْ قَالَ: أَنَا أَعْرِفُهُ لَا يَكُونُ كَفِيلًا كَمَا فِي "السَّرَّاج").

[٢٥٣٧٦] (قَوْلُهُ: وَالْوَجْهَ اللَّزُومُ) لِأَنَّهُ مُصَدِّرٌ مُتَعَدٍّ إِلَى اثْنَيْنِ فَقَدْ تَرَمَّ أَنْ يُعَرِّفَهُ الْغَرِيمَ بِخِلَافِ

(١) "فتاوى المصنف": فصل من كتاب الكفالة والحوالة ٤/٥٤ ب.

(٢) "الفتح": كتاب الكفالة ٦/٢٨٧.

(٣) "الخانية": كتاب الكفالة والحوالة ٣/٥٢ (هامش الفتاوى الهندية).

(٤) "النهر": كتاب الكفالة ٤/٤١٤ أ.

(٥) "الفتح": كتاب الكفالة ٦/٢٨٧.

(٦) "البحر": كتاب الكفالة ٦/٢٢٦.

(٧) "الخلاصة": كتاب الكفالة - الفصل الأول في المقدمة وفي ألفاظ الكفالة ٢/٢٥٢ ب.

(٨) "الفتح": كتاب الكفالة ٦/٢٨٧.

(٩) "البحر": كتاب الكفالة ٦/٢٢٦.

معرفته، فإنه لا يقتضي إلا معرفة الكفيل للمطلوب، "فتح"^(١). فصار معنى الأول: أنا ضامن لأن أعرفك غريمك، وتعريفه بإحضاره للطالب وإلا فهو معروف له. ومعنى الثاني: أنا ضامن لأن أعرفه، ولا يلزم منه إحضاره له، لكن ما يأتي^(٢) عن "الخانية" يفيد لزوم دلائله عليه وإن لم يصير كفيلاً، قال في "النهر"^(٣): ((وما مرَّ من أنه صار كالتزامه الدلالة يؤيده قوله: ولا يلزم الخ، أي: لا يلزم من لزوم دلائله عليه أن يكون كفيلاً بنفسه ليرتب عليه أحكامها))، "نهر"^(٤). أي: لأنه يخرج عن ذلك بقوله: هو في المحلّ الفلاني فاذهب إليه، فلا يلزمه إحضاره أو السقر إليه إذا غاب، وغير ذلك من أحكام كفالة النفس. (تتمّة)

قدّمنا^(٥) أن ألفاظ الكفالة كل ما ينبئ عن العهدة في العرف والعادة، ومن ذلك كما في "الفتح"^(٦): ((عليّ أن أوفيت به، أو عليّ أن ألقاك به، أو دعه إليّ))، ثم قال^(٧): ((وفي فتاوى النسفي"^(٨): لو قال: الدين الذي لك على فلان أنا أدفعه إليك، أو أسلمه إليك، أو أقبضه لا يكون كفالة ما لم يتكلم بما يدل على الالتزام، وقبده في "الخلاصة"^(٩) بما إذا قاله منجزاً، فلو معلقاً يكون كفالة نحو أن يقول: إن لم يؤد فانا أؤدي، نظيره في النذر لو قال: أنا أحج لا يلزمه شيء، ولو قال: إن دخلت الدار فانا أحج يلزمه الحج)) اهـ.

٢٥٤/٤

(١) "الفتح": كتاب الكفالة ٢٨٧/٦.

(٢) ص ٣- "در".

(٣) "النهر": كتاب الكفالة ٤١٤/أ.

(٤) المقولة [٢٥٣٦٥] قوله: ((وتعقيد به: ضمينته الخ)).

(٥) "الفتح": كتاب الكفالة ٢٨٦/٦.

(٦) "الفتح": كتاب الكفالة ٢٨٧/٦.

(٧) "فتاوى أبي حفص، نجم الدين النسفي" (ت ٥٣٧هـ)، وتقدمت ترجمته ١١٦/٣.

(٨) "الخلاصة": كتاب الكفالة - الفصل الأول في المقدمة وفي ألفاظ الكفالة ٢٥٢/أ، نقلاً عن خاله الإمام، وهي في "متفرقاته" كما صرح به في "الفتح".

(وإذا كَفَلَ إلى ثلاثة أيامٍ مثلاً (كان كَفِيلًا بعدَ الثلاثة) أيضاً أبداً حتَّى يَسْلَمَهُ؛

قلتُ: لكنْ لو قال: ضَمَنْتُ لك ما عليه أنا أَقْبِضُهُ وأدفعُهُ إليك يصيرُ كَفَالَةً بالقَبْضِ والتَّسْلِيمِ كما سنذكره^(١) في بحثِ كَفَالَةِ المَالِ.

مطلبٌ في الكَفَالَةِ المَوْقُتَةِ

[٢٥٣٧٧] (قوله) وإذا كَفَلَ إلى ثلاثة أيامٍ (إلخ) حاصلُهُ: أَنَّهُ إذا قال: كَفَلْتُ لك زيداً أو ما على زيدٍ من الدَّيْنِ إلى شهرٍ، مثلاً صار كَفِيلًا في الحالِ أبداً، أي: في الشَّهرِ وبعده، ويكونُ ذِكْرُ المَدَّةِ لتأخيرِ المطالبةِ إلى شهرٍ لا لتأخيرِ الكَفَالَةِ، كما لو باعَ عبداً بألفٍ إلى ثلاثة أيامٍ يصيرُ مُطالباً بالتَّسْمِ بعدَ الثلاثة، وقيل: لا يصيرُ كَفِيلًا في الحالِ، بل بعدَ المَدَّةِ فقط، وهو ظاهرُ عبارةِ "الأصل"^(٢). وعلى كُلِّ فلا يُطالبُ في الحالِ، وهو ظاهرُ الرُّوَايَةِ كما في "التَّارِخِيَّةِ"^(٣)، وفي "السَّراجِيَّةِ"^(٤): ((وهو الأصحُّ))، وفي "الصُّغْرَى": ((وبه يفتى)) كما في "البحر"^(٥).

قلتُ: ومقابله ما قاله "أبو يوسف" و"الحسن": أَنَّهُ يُطالبُ به في المَدَّةِ فقط، وبعدها يبرأ الكَفِيلُ كما لو ظاهرٌ أو إلى من امرأته مَدَّةٌ فإنَّهما يَقَعانِ فيها ويُطالبانِ بِمُضِيِّها كما في "الظَّهيريَّةِ"^(٦) [١٦٣/٣ ب/١] وغيرها، وفيها^(٧) أيضاً: ((ولو قال: كَفَلْتُ فلاناً من هذه السَّاعَةِ إلى شهرٍ تنتهي الكَفَالَةُ بِمُضِيِّ الشَّهرِ بلا خلافٍ، ولو قال: شهرًا لم يذكُرهُ "محمدٌ"، واختلِفَ فيه، فقيل: هو كَفِيلٌ أبداً كما لو قال: إلى شهرٍ، وقيل: في المَدَّةِ فقط، أي: كما لو قال: من هذه السَّاعَةِ إلى شهرٍ)).

(١) المقولة [٢٥٤٧٩] قوله: ((وَمَا كَفَالَةُ المَالِ إلخ)).

(٢) كتاب الكَفَالَةِ ليس في القسم المطبوع من "الأصل".

(٣) "التَّارِخِيَّةُ": كتاب الكَفَالَةِ - الفصل السادس في الأجل والخيار في الكَفَالَةِ ٤/٢٥٠ ب.

(٤) "الفتاوى السَّراجِيَّةُ": كتاب الكَفَالَةِ - باب الكَفَالَةِ بالنفس ٣٢١/٢ (هامش "فتاوى قاضي خان").

(٥) "البحر": كتاب الكَفَالَةِ ٢٢٧/٦، وقوله: ((وهو الأصحُّ)) نقله في مطبوعة "البحر" عن "السَّراج" لا عن "السَّراجِيَّةِ"، وفي

مخطوطته ١٩٢/٣ أ عن "السَّراجِيَّةِ" كما نقل ابن عابدين رحمه الله.

(٦) "الظَّهيريَّةُ": كتاب الكَفَالَةِ والمحوالة - الفصل الثالث في الدَّعوى والخصومة في الكَفَالَةِ وفي مسائل المحوالة ٣٧٥/ب - ٣٧٦/أ.

(٧) "الظَّهيريَّةُ": كتاب الكَفَالَةِ والمحوالة - الفصل الثالث في الدَّعوى والخصومة في الكَفَالَةِ وفي مسائل المحوالة ٣٧٦/أ.

والحاصل: أنه إما أن يذكر ((إلى)) بدون ((من)) فيقول: كَفَلْتُهُ إلى شهرٍ، وهي مسألة "المتن"، فيكون كفيلاً بعد الشهر، ولا يُطالبُ في الحال، وعند أبي يوسف و"الحسن": هو كفيلٌ في المدَّة فقط. وإما أن يذكر ((من)) و((إلى)) فيقول: كَفَلْتُهُ من اليومِ إلى شهرٍ فهو كفيلٌ في المدَّة فقط بلا خلاف.

وإما أن لا يذكر ((من)) ولا ((إلى)) فيقول: كَفَلْتُهُ شهرًا أو ثلاثة أيامٍ، فقيل: كالأوَّل، وقيل: كالثاني. وفي "التَّارِخِيَّة" ^(١) عن "جمع التَّفَارِيق" ^(٢) قال: ((واعتماذُ أهلِ زماننا على أنه كالثاني)). قلت: وينبغي عَدَمُ الفرقِ بَيْنَ الصُّورِ الثَّلَاثِ في زماننا كما هو قولُ "أبي يوسف" و"الحسن"؛ لأنَّ النَّاسَ اليومَ لا يقصِدُونَ بذلك إلَّا توقُّعَ الكفالةِ بالمدَّة، وأنَّه لا كفالةَ بعدها وقد تقدَّم ^(٣) أن مَبْنَى أَلْفَاظِ الكفالةِ على العُرفِ والعادة، وأنَّ لفظَ ((عندي)) للأمانةِ وصار في العُرفِ للكفالةِ بقرينةِ الدِّينِ، وقالوا: إنَّ كلامَ كلِّ عاقلٍ وناذرٍ وحالفٍ وواقفٍ يُحْمَلُ على عُرْفِهِ، سواءَ وافقَ عُرْفَ اللُّغَةِ أو لا. ثُمَّ رَأَيْتُ في "الذَّخِيرَةِ" قال: ((وكان القاضي الإمامُ الأجلُّ "أبو علي النَّسْفِي" ^(٤) يقول: قولُ "أبي يوسف" أَشْبَهَ بِعُرفِ النَّاسِ إذا كَفَلُوا إلى مدَّةٍ يَفْهَمُونَ بِضَرْبِ المدَّةِ أَنَّهُمْ يُطَالَبُونَ في المدَّة لا بعدها، إلَّا أَنَّهُ يَجِبُ على المفتي أن يَكْتَسِبَ في الفَتْوَى أَنَّهُ إذا مُضَتْ المدَّة المذكورةُ فالقاضي يُخْرِجُهُ عن الكفالةِ احترازًا عن خلافِ جوابِ "الكتاب"، وإن وُجِدَ هناك قرينةٌ تدلُّ على إرادَةِ جوابِ "الكتاب" فهو عليه)). اهـ.

(قوله: احترازًا عن خلافِ جوابِ "الكتاب" إلخ) لم يَظْهَرْ المرادُ بهذه العبارة، فإنَّ إخراجَ القاضي عن الكفالةِ حُكْمَ بغيرِ جوابِ "الكتاب"، فهو مُخَالِفٌ له لا احترازٌ عنه وإن كان بعدَ الحُكْمِ صار مُجمَعاً عليه؛ لارتفاعِ الخلافِ به، كما أنَّ قولَ "المحشَّى": ((زيادةُ احتياطٍ إلخ)) غيرُ ظاهرٍ أيضاً، فإنَّ المتعاقِذِينَ لو قصدوا ذلك المعنى وأخرجَ القاضي الكفيلَ عن الكفالةِ لا يصِحُّ إخراجُهُ عنها في الواقع؛

(١) "التَّارِخِيَّة": كتاب الكفالة والضمان - الفصل السادس في الأجل والخيار في الكفالة ٤/٢٠٥ ب.

(٢) لأبي الفضل محمد بن أبي القاسم (ت ٥٦٢ هـ) وقيل غير ذلك، وتقدمت ترجمته ١/٦٥٣.

(٣) المقولة [٢٥٣٦٥] قوله: ((وتعقُّدٌ ب: ضَمِّتُهُ إلخ)).

(٤) تقدمت ترجمته ٢/٤٥١.

لما في "الملتقط" ^(١) و"شرح المجمع": ((لو سلمه للحال برئ، وإنما المدة لتأخير المطالبة))،

لكن نازع في ذلك في "أنفع الوسائل" ^(٢): ((بأن القاضي المقلد لا يحكم إلا بظاهر الرواية لا بالرواية الشاذة إلا أن ينصوا على أن الفتوى عليها)) اهـ.

قلت: ما ذكره الإمام "النسفي" مبني على أن المذكور في ظاهر الرواية إنما هو حيث لا عرف؛ إذ لا وجه للحكم على المتعاقدين بما لم يقصده فليس قضاء بخلاف ظاهر الرواية. وما ذكره: ((من إخراج القاضي له عن الكفالة زيادة احتياط)) لاحتمال كون العقدين عالمين بذلك المعنى قاصدين له، ولذا قال: ((إن وجد قرينة على خلاف العرف يحكم بجواب ظاهر الرواية))، والله سبحانه أعلم.

[٢٥٣٧٨] (قوله: لما في "الملتقط" إلخ) تعليل لما فهم من قوله أيضاً: ((من أنه يكون كفيلاً قبل الثلاثة)) اهـ "ح" ^(٣).

[٢٥٣٧٩] (قوله: لو سلمه للحال برئ) ويحبر الطالب على القبول كمن عليه دين مؤجل إذا عجله قبل حلول أجل يحبر الطالب على القبول، "خاتمة" ^(٤). فلو لم يصير كفيلاً قبل مضي المدة لم يصح تسليمه فيها، ولم يحبر الآخر على القبول.

لعدم ولايته إبطال حق الغير، وإن لم يقصده لا فائدة في إخراجِهِ. ثم ظهر أن المراد بما نقله عن "أبي علي النسفي" أنه بإخراج القاضي للكفيل عن الكفالة بعد الأيام المعدودة تكون المسألة إجماعية، وبناتى نه منع الطالب من مطالبة الكفيل بموجب الكفالة، ولا يكون في هذا المنع مخالفة لجواب "الكتاب"؛ لأنها صارت اتفاقية، وإن كان الإخراج نفسه مخالفاً له فالقصد حينئذ الاحتراز عن مخالفتِهِ في المستقبل.

(١) "الملتقط": كتاب الكفالة - مطلب: كفّل بنفس رجل إلخ ص ٤٠٩، وليس في مطبوعتنا من "الملتقط" ((لو سلمه للحال برئ))، ولعله من "شرح المجمع".

(٢) "أنفع الوسائل": مسألة الكفالة - الكفالة إلى زمن ٣٠٣ - بتصرف.

(٣) "ح": كتاب الكفالة ق ٣٠٣/ب.

(٤) "الخاتمة": كتاب الكفالة والحوالة ٥٣/٣ (هامش "الفتاوى الهندية").

ولو زاده: وأنا بريء بعد ذلك لم يصير كفيلاً أصلاً في ظاهر الرواية، وهي الحيلة في كفالة لا تلزم، "درر" (١) و"أشياء" (٢). قلت: ونقله في "لسان الحكام" (٣) عن "أبي الليث"، وأن عليه الفتوى. ثم نقل (٣) عن "الواقعات": ((أن الفتوى أنه يصير كفيلاً)) اهـ. لكن تقوى الأول بأنه ظاهر المذهب، فتنبه. (ولا يطالب بالمكفول به (في الحال) في ظاهر الرواية، (وبه يفتى)، وصححه في "السراجية" (٤)،

[٢٥٣٨٠] (قوله: لم يصير كفيلاً أصلاً) لأنه لا يصير كفيلاً بعد المدّة؛ لفيهما الكفالة فيه صريحاً، ولا في الحال على ما ذكرنا في ظاهر الرواية، "ظهيرية" (٥).
 [٢٥٣٨١] (قوله: ونقله إلخ) نقل القولين في "البحر" (٦) أيضاً عن "البرازية" (٧).
 [٢٥٣٨٢] (قوله: أنه يصير كفيلاً) أي: في المدّة فقط، كما يفيد قول "جامع الفصولين" (٨) في الفصل السادس والعشرين: ((كفل بنفسه إلى شهر على أنه بريء بعد الشهر فهو كما قال)).
 [٢٥٣٨٣] (قوله: لكن تقوى الأول بأنه ظاهر المذهب) قلت: وتقوى الثاني بأنه المتعارف بين الناس بحيث لا يقصدون غيره إلا أن يكون الكفيل عالمياً بحكم ظاهر المذهب قاصداً له فالأمر ظاهر.
 [٢٥٣٨٤] (قوله: ولا يطالب إلخ) أي: في مسألة "المتن".

- (١) "الدرر والغرر": كتاب الكفالة ٢٩٧/٢ بتصرف، نقلاً عن "الخلاصة".
- (٢) "الأشياء والنظائر": الفن الثاني: القوائد - كتاب الكفالة ص ٢٥٥، نقلاً عن "جامع الفصولين".
- (٣) "لسان الحكام": الفصل الرابع في الوكالة والكفالة والحوالة - نوع في الكفالة ص ٤٧ - (هامش "معين الحكام").
- (٤) "الفتاوى السراجية": كتاب الكفالة - باب الكفالة بالنفس ٣٢١/٢ (هامش "فتاوى قاضيخان").
- (٥) "الظهيرية": كتاب الكفالة والحوالة - الفصل الثالث في الدعوى والخصومة في الكفالة وفي مسائل الحوالة ق ٣٧٦؛ بتصرف.
- (٦) "البحر": كتاب الكفالة ٢٢٧/٦.
- (٧) "البرازية": كتاب الكفالة - الفصل الأول في المقدمة وفيها حكمه وألفاظه - نوع في ألفاظه ٤/٦ (هامش "الفتاوى الهندية").
- (٨) "جامع الفصولين": فيما يبطل من العقود بالشرط وما لا يبطل إلخ ٨/٢.

وفي "البرازية"^(١): ((كفَلَ على أَنه متى أو كلَّما طَلَبَ فله أَجَلُ شهرٍ صَحَّتْ وله أَجَلُ شهرٍ مَذْ طَلَبَهُ^(٢)، فإذا تَمَّ الشَّهْرُ فطالِبُهُ^(٣) لَزِمَ التَّسْلِيمُ ولا أَجَلُ له ثانياً))، ثُمَّ قال^(٤): ((كفَلَ على أَنه بالخيارِ عشرةَ أَيامٍ أو أَكْثَرَ صَحَّ،

[٢٥٣٨٥] (قوله: لَزِمَ التَّسْلِيمُ) أي: بالطلبِ الأوَّل. وقوله: ((ولا أَجَلُ له ثانياً)) أي: بالطلبِ الثاني، وهذا ما لم يدفعه، فإذا دفعه إليه: فَإِنْ قال: بَرِئْتُ إِلَيْكَ مِنْهُ يَبْرَأُ في المستقبل، وإن لم يبرأ مِنْهُ فله أَنْ يُطالِبَهُ ثانياً، ولا يكونُ ذلك براءة؛ لأنَّه قال [١٧٦٤/٣] في الكفالة: كلَّما طَلَبْتُهُ مِنِّي فلي أَجَلُ شهرٍ، فكأنَّه قال: كلَّما طَلَبْتُهُ مِنِّي وافيتُك به إلاَّ أَنْ لي أَجَلُ شهرٍ حتَّى أَطْلِبُهُ، وكلمة ((كلَّما)) تقتضي التكرار، فتقتضي تكرارَ الموافقة كلَّما تكررَ الطَّلَبُ، فبالدفعِ إليه يبرأُ عن مُوافاقِهِ كَرَمَتُهُ بالمطالبةِ السَّابِقَةِ لا عن مُوافاقِهِ تَلَزُّمُهُ بمطالبةٍ توجَدُ في المستقبل، وإنما يبرأُ عن ذلك بصريح الإبراء، فإذا برئَ إليه حينَ دفعه مرَّةً وَجِدَ صريحُ الإبراءِ وما لا فلا، فإذا دفعه إليه ولم يبرأَ فطالِبُهُ بعدَ ذلك فللكفيلِ أَجَلُ شهرٍ آخرَ مِنْ يومِ طَلَبِهِ؛ لأنَّه غيَّرَ الطَّلَبِ الأوَّلَ، بخلافِ ما إذا لم يدفعه مرَّةً، "ذخيرة" و"برازية"^(٥) مُلْحَصاً.

٢٥٥/٤

قلت: وحاصله أَنه إذا طالِبَهُ بتسليمِ المكفولِ بنفسِهِ فله أَجَلُ شهرٍ، فإذا تَمَّ الشَّهْرُ فله مُطالِبَتُهُ بالتَّسليمِ ولا أَجَلُ له في هذه المطالبةِ الثَّانِيَةِ، فإذا سلَّمَهُ وتبرأَ إليه مِنْ عَهْدَتِهِ فلا شيءَ

(قوله: فَإِنْ قال: بَرِئْتُ إِلَيْكَ مِنْهُ يَبْرَأُ في المستقبلِ إلخ) يُسألُ في وجه البراءة مع أَنه لم يوجَدَ مِنَ الطَّالِبِ إِبْرَاءٌ، ولعلَّه: أَنْ قولَ الكفيلِ ذلك وتسلَّمِ الطَّالِبِ مِنْهُ المطلوبُ مع هذا الشرطِ يُعَدُّ قبولاً للبراءة، تأمل.

(١) "البرازية": كتاب الكفالة - الفصل الأول في المقدمة - وفيها: حكمه وألفاظه - نوع آخر ١٠/٦ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) في "د": ((مَذْ طَلَبَ)).

(٣) في "د": ((فطالِب)).

(٤) "البرازية": كتاب الكفالة - الفصل الأول في المقدمة - وفيها: حكمه وألفاظه - نوع آخر ١٥/٦ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٥) "البرازية": كتاب الكفالة - الفصل الأول في المقدمة، وفيها: حكمه وألفاظه - نوع آخر ١٠/٦ (هامش "الفتاوى الهندية").

بخلاف البيع؛ لأنَّ مَبَاهَا عَلَى التَّوَسُّعِ)). (وإنَّ شَرْطَ تَسْلِيمِهِ فِي وَقْتٍ بَعَيْنِهِ أَحْضَرَهُ فِيهِ إِنْ طَلَبَهُ كَذَيْنٍ مُؤَجَّلٍ حَلٍّ، (فَإِنْ أَحْضَرَهُ) فِيهَا

عليه بعد ذلك، وإنَّ سَلَمَهُ وَلَمْ يَتَبَرَّأْ ثُمَّ طَالَبَهُ بِهِ لَزِمَهُ^(١) تَسْلِيمُهُ ثَانِيًا، لَكِنْ يَثْبُتُ لَهُ أَجَلُ شَهْرٍ آخَرَ بَعْدَ هَذَا الطَّلَبِ، فَإِذَا تَمَّ الشَّهْرُ وَلَمْ يُسَلِّمْهُ فَطَالَبَهُ بِهِ فَلَا أَجَلَ لَهُ مَا لَمْ يُسَلِّمْهُ إِلَى الطَّلَبِ، وَهَكَذَا. ثُمَّ لَا يَخْفَى أَنَّ هَذَا فِي كِفَالَةِ النَّفْسِ، أَمَّا فِي كِفَالَةِ الْمَالِ فَإِنَّهُ بَعْدَ تَسْلِيمِهِ لَا يُطَالَبُ بِهِ ثَانِيًا؛ لِأَنَّ الْكِفَالََةَ تَنْتَهِي بِهِ، وَلِذَا قَالَ فِي "الدَّخِيرَةِ": ((وَلَوْ كَفَّلَهُ بِالْفِ بَعْدَ تَسْلِيمِهِ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ أَجَلٌ شَهْرٍ فَمَتَى طَلَبَهُ فَلَهُ الْأَجَلُ، فَإِذَا مَضَى فَلَهُ أَجَلُهُ مِنْهُ مَتَى شَاءَ بِالطَّلَبِ الْأَوَّلِ، وَلَا يَكُونُ لِلْكَفِيلِ أَجَلٌ شَهْرٍ آخَرَ)). اهـ. وَبِهِ ظَهَرَ أَنَّ كَلَامَ "النَّشَارِحِ" مَحْمُولٌ عَلَى كِفَالَةِ الْمَالِ، وَلَعَلَّهُ جُرِّدَتْ ((مَتَى)) وَ((كَلَمًا)) عَنِ الْعُمُومِ لَعَدَمِ إِمْكَانِهِ هُنَا؛ لِمَا قُلْنَا، بِخِلَافِ كِفَالَةِ النَّفْسِ كَمَا عَلِمَتْ.

[٢٥٣٨٦] (قَوْلُهُ: بِخِلَافِ الْبَيْعِ) فَإِنَّهُ لَا يَصِحُّ الْخِيَارُ فِيهِ أَكْثَرَ مِنْ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ.

[٢٥٣٨٧] (قَوْلُهُ: وَإِنْ شَرْطُ) يَنْبَغِي كَوْنُهُ بِالْبِنَاءِ لِلْمَفْعُولِ لِيَشْمَلَ مَا إِذَا كَانَ الشَّرْطُ فِي

لَفْظِ الْكَفِيلِ أَوْ الطَّلَبِ، "ط"^(٢).

[٢٥٣٨٨] (قَوْلُهُ: أَحْضَرَهُ^(٣)) أَي: لَزِمَهُ إِحْضَارُهُ بِالشَّرْطِ.

[٢٥٣٨٩] (قَوْلُهُ: فِيهَا) أَي: فَبِالْقَضِيَّةِ الْمَشْرُوطَةِ قَدْ وَفَى.

(قَوْلُهُ: وَبِهِ ظَهَرَ أَنَّ كَلَامَ "النَّشَارِحِ" مَحْمُولٌ عَلَى كِفَالَةِ الْمَالِ (إِلخ) الظَّاهِرُ إِبْقَاءَ كَلَامِ "النَّشَارِحِ" عَلَى عُمُومِهِ الشَّامِلِ لِلْكَفَالَتَيْنِ، وَأَنَّ عَدَمَ تَأْجِيلِهِ ثَانِيًا فِيهِمَا لِأَنَّ الْقَصْدَ أَنَّ كُلَّ طَلَبٍ لَهُ أَجَلٌ وَهُوَ لَمْ يَقَمْ بِمُوجِبِ الطَّلَبِ الْأَوَّلِ بَعْدَ التَّأْجِيلِ فَيُطَالَبُ بِهِ وَلَا يُجَابُ لِأَجْلِ آخَرَ؛ لِوُجُوبِ التَّسْلِيمِ عَلَيْهِ بِمَقْتَضَى الطَّلَبِ الْأَوَّلِ الَّذِي وَجِدَ التَّأْجِيلَ لَهُ، إِلَّا أَنَّ تَكَرُّرَ التَّأْجِيلِ مُتَصَوِّرٌ فِي كِفَالَةِ النَّفْسِ؛ لِتَصَوُّرِ تَكَرُّرِ الْمَوْافَاةِ بِتَكَرُّرِ الطَّلَبِ كَمَا ذَكَرَهُ، وَلَعَدَمِ تَصَوُّرِ ذَلِكَ فِي كِفَالَةِ الْمَالِ لَمْ يَوْجَلْ، تَأَمَّلْ.

(١) فِي "الْأَصْلِ": ((لَزِمَ)).

(٢) "ط": كِتَابُ الْكِفَالَةِ ١٤٧/٣ بِتَصْرِفٍ.

(٣) ((أَحْضَرَهُ)) سَاقِطَةٌ مِنْ "الْأَصْلِ".

(وإلاَّ حبسه الحاكم) حينَ يظهرُ مَطْلُهُ، ولو ظهرَ عجزُهُ ابتداءً لا يحبسُهُ، "عيني"^(١).
(فإنَّ غابَ) أمهلَهُ

[٢٥٣٩٠] (قوله: حينَ يظهرُ مَطْلُهُ) في بعضِ النسخ: ((حتى))، والصَّوابُ الأوَّلُ، وذلك كما لو أنكرَ الكفالةَ حتَّى أُقيمتَ عليه البينة، بخلافِ ما لو أقرَّ بها فإنه لا يحبسُهُ في أوَّلِ مرَّةٍ، وهذا ظاهرُ الروايةِ كما في "البرازية"^(٢)، أي: لظهورِ مَطْلِهِ بإنكارِهِ، فصارَ كمسألةِ المدينِ، وبه صرَّحَ في "الحانية"^(٣). وكانَ "الزَّليعي"^(٤) لم يطلِّعْ على ذلك فذكرَهُ مجنأً، أفادَهُ في "البحر"^(٥).
[٢٥٣٩١] (قوله: لا يحبسُهُ) لكنَّ لا يحولُ بينَهُ وبينَ الكفيلِ فيلزمُ ولا يمنعهُ مِن أشغاله. وفي "التَّارخانية"^(٦): ((لو أضرَّتْهُ ملازمَتُهُ له استوثقَ مِنْه بكفيلٍ))، "نهر"^(٧).

[٢٥٣٩٢] (قوله: فإنَّ غابَ) أي: المكفولُ عنه، وطلَّبَ الغريمُ مِنْه إحضارَهُ، "نهر"^(٧). وهذا إذا ثبتَ عندَ القاضي غيبَتُهُ ببلدٍ آخرَ بعلمِ القاضي أو ببينةٍ أقامها الكفيلُ كما في "البرازية"^(٨) و"كافي الحاكم". وأطلقَهُ فشَمِلَ المسافةَ القريبةَ والبعيدةَ كما في "الفتح"^(٩)، "بحر"^(١٠).
[٢٥٣٩٣] (قوله: أمهلَهُ) أي: إذا أرادَ الكفيلُ السَّفرَ إليه، فإنَّ أبى حَبْسَهُ للحالِ بلا إمهالٍ

(١) "رمز الحقائق": كتاب الكفالة ٦٨/٢ بتصرف.

(٢) "البرازية": كتاب الكفالة - الفصل الأول في المقدمة - وفيها: حكمه وألفاظه - نوع آخر ١١/٦ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) "الحانية": كتاب الكفالة والحوالة - مسائل في تسليم نفس المكفول به ٥٧/٣ - ٥٨ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) "تبيين الحقائق": كتاب الكفالة ١٤٨/٤.

(٥) "البحر": كتاب الكفالة ٢٢٧/٦.

(٦) "التارخانية": كتاب الكفالة والضمان - الفصل الرابع في الكفالة بالنفس إلخ ٢٠٢/٤ أ بتصرف، نقلاً عن "الينابيع" و"السفناقي".

(٧) "نهر": كتاب الكفالة ٤١٤/أ.

(٨) "البرازية": كتاب الكفالة - الفصل الأول في المقدمة - وفيها: حكمه وألفاظه ٢/٦ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٩) "الفتح": كتاب الكفالة ٢٨٨/٦.

(١٠) "البحر": كتاب الكفالة ٢٢٨/٦.

مَدَّةَ ذَهَابِهِ وَإِيَابِهِ وَلَوْ لِدَارِ الْحَرْبِ، "عَيْنِي"^(١) و "ابن مَلَكٍ". (و) لو (لم يَعْلَمْ مكانَهُ لا يُطَالَبُ بِهِ)؛ لَأَنَّهُ عاجِزٌ (إِنْ ثَبَتَ ذَلِكَ بتَصَدِيقِ الطَّالِبِ)، "زَيْلَعِي".

كما في "الْبَزَازِيَّة"^(٢). وفي "التَّارُخَانِيَّة"^(٣): ((وإنْ كَانَ فِي الطَّرِيقِ عُذْرٌ لَا يُوَاحِذُ الْكَفِيلُ بِهِ))، "بَحْر"^(٤).

[٢٥٣٩٤] (قَوْلُهُ: وَإِيَابِهِ) بِالْكَسْرِ، أَي: رُجُوعِهِ.

[٢٥٣٩٥] (قَوْلُهُ: وَلَوْ لِدَارِ الْحَرْبِ) وَلَا تَبْطُلُ بِالْحَقِّ بِدَارِ الْحَرْبِ؛ لَأَنَّهُ وَإِنْ كَانَ مَوْتًا حُكْمًا لَكِنْ بِالنِّسْبَةِ إِلَى مَالِهِ، وَإِلَّا فَهُوَ حَيٌّ مُطَالَبٌ بِالتَّوْبَةِ وَالرُّجُوعِ، هَكَذَا أُطْلِقَهُ فِي "النِّهَائَةِ"، وَقِيْدُهُ فِي "الدَّخِيرَةِ": ((بِمَا إِذَا كَانَ الْكَفِيلُ قَادِرًا عَلَى رَدِّهِ، بَأَن كَانَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ مُوَادَعَةٌ^(٥) أَنَّهُمْ يُرَدُّونَ إِلَيْنَا الْمَرْتَدَّ، وَإِلَّا لَا يُوَاحِذُ بِهِ)) اهـ. وهو تَقْيِيدٌ لَا يَدْرَأُ مِنْهُ، "بَحْر"^(٦).

[٢٥٣٩٦] (قَوْلُهُ: لَا يُطَالَبُ بِهِ) مَقْيَدٌ بِمَا إِذَا لَمْ يُبْرِهِنِ الطَّالِبُ عَلَى أَنَّهُ بِمَوْضِعِ كَذَا، فَإِنْ بَرَهَنَ أُمِرَ الْكَفِيلُ بِالذَّهَابِ إِلَيْهِ وَإِحْضَارِهِ؛ لَأَنَّهُ عَلِمَ مكانَهُ، "بَحْر"^(٦).

[٢٥٣٩٧] (قَوْلُهُ: إِنْ ثَبَتَ ذَلِكَ بتَصَدِيقِ الطَّالِبِ) [ب/١٦٤ق/٣] عبارة "الرَّيْلَعِي"^(٧): ((لَأَنَّهُ عاجِزٌ وَقَدْ صَدَّقَهُ الطَّالِبُ عَلَيْهِ)) اهـ. فَأَنْتَ تَرَى أَنَّ "الرَّيْلَعِي" لَمْ يَجْعَلْ ذَلِكَ شَرْطًا لِنَفْيِ الْمَطْلَبَةِ، بَلْ بَيَّنَّ أَنَّ فَرْضَ الْمَسْأَلَةِ فِيمَا إِذَا صَدَّقَهُ الطَّالِبُ. ثُمَّ أَعْقَبَ "الرَّيْلَعِي"^(٦) ذَلِكَ بِقَوْلِهِ: ((وَلَوْ احْتَلَفَا)) إِلَى آخِرِ مَا يَأْتِي^(٨)، فَبَيَّنَ حُكْمَ مَا إِذَا لَمْ يُصَدِّقْهُ، وَهُوَ أَنَّهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ خَرَجَةٌ مَعْرُوفَةٌ فَالْقَوْلُ لِلْكَفِيلِ، أَي: فَلَا يُطَالَبُ بِهِ، فَعَلِمَ أَنَّ تَصَدِيقَ الطَّالِبِ غَيْرُ شَرْطٍ فِي نَفْيِ الْمَطْلَبَةِ، تَأْمَلْ.

(١) "رمز الحقائق": كتاب الكفالة ٦٨/٢ - ٦٩ بتصرف.

(٢) "البرازية": كتاب الكفالة - الفصل الأول في المقدمة - وفيها: حكمه وألفاظه - نوع آخر ١١/٦ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) "التارخانية": كتاب الكفالة والضممان - الفصل الرابع في الكفالة بالنفس ومطالبة الكفيل إلخ ٢/٤ - ٢/٢٠٢.

(٤) "البحر": كتاب الكفالة ٢٢٨/٦.

(٥) في مطبوعة "البحر": ((مواعدة))، وهو خطأ.

(٦) "البحر": كتاب الكفالة ٢٢٨/٦.

(٧) "تبيين الحقائق": كتاب الكفالة ١٤٨/٤.

(٨) المقولة [٢٥٤٠١] قوله: ((ولو اختلفا)).

زَادَ فِي "البحر"^(١): (أَوْ بَيِّنَةٌ أَقَامَهَا الْكَفِيلُ) مُسْتَدَلًّا بِمَا فِي "القنية"^(٢): ((غَابَ الْمَكْفُولُ عَنْهُ^(٣) فَلِلدَّائِنِ مُلَازِمَةٌ الْكَفِيلِ حَتَّى يُحْضِرَهُ، وَحِيلَةٌ دَفْعِهِ: أَنْ يَدَّعِيَ الْكَفِيلُ عَلَيْهِ أَنَّ خَصَمَكَ غَائِبٌ غَيْبَةً لَا تُدْرَى فَيَبِّنَ لِي مَوْضِعَهُ، فَإِنْ بَرَهَنَ عَلَى ذَلِكَ تَنْدَفِعُ عَنْهُ الْخُصُومَةُ))، وَلَوْ اخْتَلَفَا فَإِنْ لَهُ خَرَجَةٌ لِلتَّحَارَةِ مَعْرُوفَةٌ أَمَرَ الْكَفِيلُ بِالذَّهَابِ إِلَيْهِ،

وَبِهِ يُعْلَمُ أَنَّهُ لَا حَاجَةَ إِلَى إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ، فِعْبَارُهُ "المصنّف" هُنَا غَيْرُ مُحَرَّرَةٍ.
 (٢٥٣٩٨) (قَوْلُهُ: بِمَا فِي "القنية") أَي: عَنِ الْإِمَامِ "عَلِيِّ السَّعْدِيِّ"^(٤).
 (٢٥٣٩٩) (قَوْلُهُ: وَحِيلَةٌ دَفْعِهِ) أَي: دَفَعَ الطَّالِبُ عَنْ مُلَازِمَتِهِ لِلْكَفِيلِ.
 (٢٥٤٠٠) (قَوْلُهُ: فَإِنْ بَرَهَنَ عَلَى ذَلِكَ) أَي: بَرَهَنَ الْكَفِيلُ عَلَى أَنَّ غَيْبَتَهُ لَا تُدْرَى، لَكِنْ هَذِهِ بَيِّنَةٌ فِيهَا نَفْيٌ، وَلَعَنَهُ يُقْبَلُ لِكَوْنِهِ تَبَعًا، وَالْقَصْدُ إثْبَاتُ سُقُوطِ الْمَطَالِبَةِ، "مَقْدِسِي". وَمَا قَالَهُ "الرَّحْمَتِيُّ":
 ((مَنْ أَنَّ الضَّمِيرَ فِي بَرَهَنَ لِلطَّالِبِ)) غَيْرُ صَحِيحٍ؛ لِأَنَّهُ لَا يُنَاسِبُ قَوْلَهُ: ((وَحِيلَةٌ دَفْعِهِ)).
 (٢٥٤٠١) (قَوْلُهُ: وَلَوْ اخْتَلَفَا) أَي: بَأَنَّ قَالَ الْكَفِيلُ: لَا أَعْرِفُ مَكَانَهُ، وَقَالَ الطَّالِبُ: تَعْرِفُهُ، "زَيْلَعِي"^(٥).

(قَوْلُهُ: وَبِهِ يُعْلَمُ أَنَّهُ لَا حَاجَةَ إِلَى إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ إلخ) مَا فَعَلَهُ "المصنّف" مِنْ اعْتِمَادِ إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ عِنْدَ عَدَمِ التَّصْدِيقِ هُوَ الْأَصُوبُ، وَالتَّفْصِيلُ الَّذِي ذَكَرَهُ "الزَّيْلَعِيُّ" إِنَّمَا هُوَ إِذَا لَمْ يَقُمْ بَيِّنَةٌ عَلَى غَيْبَةٍ لَا تُدْرَى، فَإِنَّهَا مُقَدَّمَةٌ عَلَى التَّفْصِيلِ الْمَذْكُورِ، وَحَيْثُذُ يَكُونُ مَفْهُومُ كَلَامِ "المصنّف" فِيهِ تَفْصِيلٌ.

(١) "البحر": كتاب الكفالة ٦/٢٨٨.

(٢) "القنية": كتاب الكفالة - باب الكفالة بالنفس ق ١٥٧/ب بتصرف.

(٣) ((عنه)) ليست في "د"، وفي "و": ((به)) بدل ((عنه)).

(٤) أَي: فِي كِتَابِهِ "نِزَازُ الْعَصْرِ" كَمَا صَرَحَ بِهِ فِي "القنية".

(٥) "بين الحقائق": كتاب الكفالة ٤/١٤٨.

وإِلَّا حَلَفَ أَنَّهُ لَا يَدْرِي مَوْضِعَهُ. ثُمَّ فِي كُلِّ مَوْضِعٍ قُلْنَا بِذَهَابِهِ إِلَيْهِ لِلطَّالِبِ أَنْ يَسْتَوْثِقَ بِكَفِيلٍ مِنَ الْكَفِيلِ لِثَلَاثٍ يَغِيبُ الْآخَرُ. (وَيَبْرَأُ) الْكَفِيلُ بِنَفْسِهِ.....

[٢٥٤٠٢] (قوله: وَإِلَّا حَلَفَ) عبارة "الزَّيْلَعِي" ^(١) و"الفتح" ^(٢) و"البحر" ^(٣): ((وإِلَّا فَالْقَوْلُ لِلْكَفِيلِ؛ لِأَنَّهُ مُتَمَسِّكٌ بِالْأَصْلِ وَهُوَ الْجَهْلُ ^(٤)، وَمُنْكَرٌ لِرُومِ الْمَطَالِبَةِ. وَقَالَ بَعْضُهُمْ: لَا يَلْتَفَتُ إِلَى قَوْلِ الْكَفِيلِ، وَيَحْبِسُهُ الْقَاضِي إِلَى أَنْ يَظْهَرَ عَجْزُهُ؛ لِأَنَّ الْمَطَالِبَةَ كَانَتْ مُتَوَجِّهَةً عَلَيْهِ فَلَا يُصَدِّقُ فِي إِسْقَاطِهَا عَنْ نَفْسِهِ بِمَا يَدْعِي)) اهـ. وكأَنَّ "الشَّارَحَ" صَرَّحَ بِالتَّحْلِيلِ أَخْذًا مِنْ قَوْلِهِمْ: يَحْلِفُ فِي كُلِّ مَوْضِعٍ لَوْ أَقْرَبَهُ لَزِمَهُ.

ثُمَّ قَدْ عَلِمْتَ أَنَّ كَوْنَ الْقَوْلِ لِلْكَفِيلِ مُخَالِفًا لِمَا فِي "الْمَتْنِ"، فَإِنَّهُ يَقْتَضِي أَنَّهُ لَا يُكْتَفَى بِقَوْلِ الْكَفِيلِ: لَا أَعْرِفُ مَكَانَهُ مَا لَمْ يُصَدِّقْهُ الطَّالِبُ أَوْ يُبْرِهِنَ عَلَيْهِ الْكَفِيلُ. نَعَمْ، مَا فِي "الْمَتْنِ" يَتِمُّشَى عَلَى قَوْلِ الْبَعْضِ الْمَعْبَرِ عَنْهُ فِي "الْفَتْحَ" ب: ((قِيلَ))، وَذَلِكَ يُفِيدُ ضَعْفَهُ.

(تنبيه)

قال في "النَّهْر" ^(٥): ((وَلَمْ أَرَ مَا لَوْ بَرَهْنَا، وَيَنْبَغِي أَنْ تُقَدَّمَ بَيِّنَةُ الطَّالِبِ؛ لِأَنَّ مَعَهَا زِيَادَةً عِلْمًا)).
[٢٥٤٠٣] (قوله: وَيَبْرَأُ الْكَفِيلُ بِنَفْسِهِ بِمَوْتِ الْمَكْفُولِ بِهِ) أي: يبرأ أصلاً بِمَوْتِ الشَّخْصِ الْمَطْلُوبِ، وَالْمَرَادُ أَنَّهَا تَبْطُلُ بِمَوْتِهِ كَمَا عَبَّرَ بِهِ فِي "الْكَنْزِ" ^(٦) وَغَيْرِهِ؛ لِتَحَقُّقِ عَجْزِ الْكَفِيلِ عَنْ إِحْضَارِهِ كَمَا فِي "النَّهْر" ^(٧)، أي: عَجْزاً مُسْتَمْتِراً، بِخِلَافِ الْجَهْلِ بِمَكَانِهِ؛ لِاحْتِمَالِ الْعِلْمِ بِهِ بَعْدَ، فَلِذَا قَالُوا هُنَاكَ: لَا يُطَالَبُ بِهِ، وَقَالُوا هُنَا: تَبْطُلُ. وَأَمَّا مَا فِي "الْبَزَارِيَّةِ" ^(٨) وَ"الْخِلَاصَةِ" ^(٩): ((مِنْ أَنَّهُ لَوْ

٢٥٦/٤

(١) "تبيين الحقائق": كتاب الكفالة ١٤٨/٤ - ١٤٩.

(٢) "الفتح": كتاب الكفالة ٢٨٨/٦ بتصرف.

(٣) "البحر": كتاب الكفالة ٢٢٨/٦ بتصرف.

(٤) هنا انتهت عبارة "البحر" ٢٢٨/٦.

(٥) "النهر": كتاب الكفالة ق ١٤١٤/أ.

(٦) انظر "شرح العيني على الكنز": كتاب الكفالة ٦٩/٢.

(٧) "النهر": كتاب الكفالة ق ١٤١٤/ب.

(٨) "البرازية": كتاب الكفالة - الفصل الأول في المقدمة - وفيها: حكمه وألفاظه ٢/٦ - ٣ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٩) "الخلاصة": كتاب الكفالة - الفصل الأول في المقدمة - وفيه ألفاظ الكفالة إلخ ق ٢٥٢/أ.

(موت المكفول به ولو عبداً)، أراد به دفع توهم أن العبد مال، فإذا تعذر تسليمه لزمه قيمته،

كان المكفول به غائباً لا يعلم مكانه ولا يوقف على أثره يجعل كالموت^(١) ولا يحبس^(٢)، فالمراد به أنه كالموت في عدم المطالبة في الحال - ولذا قال: ((ولا^(٣) يحبس)) - لا في بطلان الكفالة وسقوط المطالبة أصلاً، وإلا خالف كلامهم متوناً وشروحاً، وثبنا على ذلك^(٤) تمهيداً لما نذكره قريباً^(٥) من حادثة الفتوى.

مطلب: كفالة النفس لا تبطل بإبراء الأصيل بخلاف كفالة المال

[٢٥٤٠٤] (قوله: بموت المكفول به) هذا شامل لبراءة كفيل الكفيل بموت الكفيل ولبرائتهما بموت الأصيل، قال في "الخانية"^(٦): ((الكفيل بالنفس إذا أعطى الطالب كفيلاً بنفسه فمات الأصيل برئ الكفيلان^(٧)، وكذا لو مات الكفيل الأول برئ الكفيل الثاني)) اهـ. قال في "البحر"^(٨): ((وأشار باقتصاره في بطلانها على موت المطوب والكفيل إلى أنها لا تبطل بإبراء الأصيل))، وتامه فيه، وسيذكره "الشارح"^(٩) قبيل كفالة المال.

[٢٥٤٠٥] (قوله: أراد به إلخ) كذا في "المنح"^(١٠)، ولا يخفى أن التوهم باقٍ، وذلك أنه قال

(قوله: ولا يخفى أن التوهم باقٍ إلخ) قد يدفع بأن الكلام في كفالة النفس، فلا يتوهم دخولها إذا قلّ برقيته خصوصاً مع ذكره المسألة الثانية في كلامه الآتي.

(١) في "ك": ((كالمت)).

(٢) في "الأصل": ((ولذا))، وهو تحريف.

(٣) ((على ذلك))، ليست في "الأصل".

(٤) المقولة [٢٥٤٣١] قوله: ((فلو عجز لحبس أو مرض)).

(٥) "الخانية": كتاب الكفالة والحوالة - مسائل في تسليم نفس المكفول به ٥٨/٣ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٦) في "الأصل": ((كفيل)).

(٧) "البحر": كتاب الكفالة ٦/٢٣٠.

(٨) ٧٣- "در".

(٩) "المنح": كتاب الكفالة ٢/٤٥٥أ.

وسيجيء ما لو كَفَلَ بِرَقَبَتِهِ، (وَمَوْتَ الْكَفِيلِ) وقيل: يُطَالِبُ وَارَثُهُ بِإِحْضَارِهِ، "سراج". (لا) مَوْتَ (الطَّالِبِ) بل وَارَثُهُ أَوْ وَصِيَّهُ يُطَالِبُ الْكَفِيلَ،

في "الخلاصة"^(١): ((لو كَفَلَ بِنَفْسِ عَبْدٍ فَمَاتَ الْعَبْدُ بَرَأَ الْكَفِيلُ إِنْ كَانَ الْمُدَّعَى بِهِ الْمَالُ عَلَى الْعَبْدِ، وَإِنْ كَانَ الْمُدَّعَى بِهِ نَفْسَ الْعَبْدِ لَا يَبْرَأُ، وَضَمِنَ قِيَمَتَهُ)) اهـ. ففي المسألتين المكفول به نفسُ العبد، لكنَّ المدَّعى به في الأولى المَالُ على العبد، وفي الثانية رَقَبَةُ العبد، فقولُ "المصنّف": ((ولو عبداً)) يُوهِمُ أَنَّهُ شَامِلٌ لِلْمَسْأَلَتَيْنِ، مع أَنَّهُ لَا يَبْرَأُ بمَوْتَ [١/١٦٥ق/٣] العبد في الثانية وإنْ تَعَذَّرَ تَسْلِيمُهُ بِالْمَوْتِ، بل تَلَزَمَ قِيَمَتُهُ، فلا بدَّ في دَفْعِ التَّوَهُّمِ مِنْ أَنْ يَقُولَ: ولو عبداً ادَّعَى عَلَيْهِ مَالٌ، تَأَمَّلْ.

[٢٥٤٠٦] (قوله: وسيجيء) أي: في الباب الآتي^(٢). ((ما لو كَفَلَ بِرَقَبَتِهِ))، أي: بأنْ كَانَ الْمُدَّعَى بِهِ رَقَبَةُ الْعَبْدِ، وهي المسألة الثانية. وستجيء^(٣) المسألتان جميعاً قبيل الحوالة. [٢٥٤٠٧] (قوله: وموت الكفيل) أي: الكفيل بالنفس؛ لأنَّ الكلامَ فيه، أمَّا الكفيلُ بِالْمَالِ فلا تَبْطُلُ بمَوْتِهِ؛ لأنَّ حُكْمَهَا بَعْدَ مَوْتِهِ مُمْكِنٌ فَيَوْفَى مِنْ مَالِهِ، ثُمَّ تَرْجِعُ الْوَرَثَةُ عَلَى الْمَكْفُولِ عَنْهُ إِنْ كَانَتْ بِأَمْرِهِ وَكَانَ الدَّيْنُ حَالاً، فَلَوْ مُوجَّلاً فَلَا رُجُوعَ حَتَّى يَحِلَّ الْأَجَلُ، "بحر"^(٤)، وتأمَّله في "الفتح"^(٥).

[٢٥٤٠٨] (قوله: بل وارثته أو وصيه يطالب الكفيل) فإن سَلَّمَهُ إِلَى أَحَدِ الْوَرَثَةِ أَوْ أَحَدِ الْوَصِيِّينَ خَاصَّةً فَلِلْبَاقِي الْمَطَالِبَةُ بِإِحْضَارِهِ، "بحر"^(٦) عن "النيابيع".

(١) "الخلاصة": كتاب الكفالة - الفصل الأول في المقدمة ق ٢٥٢/١، نقلاً عن "الجامع الصغير"، وفي مخطوطة "الخلاصة" التي بين أيدينا سقط لبعض الكلمات في هذا الموضع.

(٢) ص ٢٠٣ - "در".

(٣) "البحر": كتاب الكفالة ٢٣٠/٦ بتصرف.

(٤) انظر "الفتح": كتاب الكفالة ٢٨٩/٦ - ٢٩٠.

(٥) "البحر": كتاب الكفالة ٢٣٠/٦ بتصرف.

وقيل: يبرأ^(١)، "وهبانية"^(٢)، والمذهب الأول، (و) يبرأ (يدفعه إلى مَنْ كَفَلَ له حيثُ) أي: في موضع (يُمْكِنُ مُخَاصَمَتَهُ)

وقد يُشْكَلُ عليه قولهم: أحمَدُ الوَرَثَةِ يَنْتَصِبُ خَصْماً لِلْمَيِّتِ فيما له وعليه، "نهر"^(٣).
قلتُ: في "جامع الفصولين"^(٤): ((أحمَدُ الوَرَثَةِ يَصْلُحُ خَصْماً عَنِ المَوْرَثِ فيما له وعليه، ويظهرُ ذلك في حَقِّ الكلِّ، إلَّا أنَّ له قَبْضَ حَصَّتِهِ فقط إذا ثَبِتَ حَقُّ الكلِّ)) اهـ. وبه يظهرُ الجوابُ، وذلك أنَّ حَقَّ المطالبةِ ثابتٌ لكلِّ واحدٍ مِنَ الوَرَثَةِ، فإذا استوفى أحدُهم حَقَّهُ لا يسقطُ حَقُّ الباقي؛ لأنَّ له استيفاءَ حَقِّه فقط، وإنَّما قامَ مَقَامُ الباقي في إثباتِ حَقِّهم، فافهمُ.
[٢٥٤٠٩] (قوله: وقيل: يبرأ) أي: الكفيلُ بموتِ الطَّالِبِ.

[٢٥٤١٠] (قوله: ويبرأ يدفعه إلى مَنْ كَفَلَ له) أي: بالتَّخْلِيَةِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الخصمِ، وذلك برفعِ الموانعِ فيقول: هذا خَصْمُكَ فخذْهُ إنْ شِئْتَ، وأطلَقَهُ فَشَمَلْ ما إذا كانَ للتَّسْلِيمِ وَقْتُتْ فَسَلَّمَهُ قَبْلَهُ أو لا؛ لأنَّ الأجلَّ حَقُّ الكفيلِ، فله إسقاطُهُ كَالَّذِينَ المَوْجَلِ إذا قَضَاهُ قَبْلَ الحُلُولِ، "بحر"^(٥).
[٢٥٤١١] (قوله: أي: في موضعٍ يُمْكِنُ إلخ) وَيُشْتَرَطُ عِنْدَهُمَا أَنْ يَكُونَ هو المِصْرُ الذي كَفَلَ فيه لا عِنْدَ "الإمام"، وقولُهُما أَوْجَهُ كما في "الفتح"^(٦). وقيل^(٧): إنَّه اختلافُ عصرٍ وزمانٍ لا حُجَّةٍ وبرهانٍ، وبيَّانُهُ في "الزَّيْلَعِي"^(٨). واحتَرَزَ به عَمَّا لو سَلَّمَهُ في بَرِيَّةٍ أو سَوَادٍ، وتَمَامُهُ في "النَّهْر"^(٩).

- (١) نقول: عبارة منظومة ابن وهبان في شطرها الثاني: ((وفي موت ربِّ الحقِّ قِيلَ وَيَنْدُرُ))، قال شارحها ابن الشُّحْنَةِ في "تفصيل عقد الفرائد" ٢٨٢/١: ((وإلى غرابته - أي: غرابة القول ببطلان الكفالة بموت الطالب - أشار بقوله: (قيل ويندر) أي: ينذر نقل هذا القول، فإنه غير معروف إلخ)).
- (٢) "المنظومة الوهبانية": فصل من كتاب الكفالة والحوالة ص ٥٢ - (هامش "الفتاوى المحبية").
- (٣) "النهر": كتاب الكفالة ق ٤١/ب.
- (٤) "جامع الفصولين": الفصل الثامن والعشرون في مسائل التركة والورثة والدين في التركة إلخ ٢٥/٢.
- (٥) "البحر": كتاب الكفالة ٢٢٨/٦ - ٢٢٩ بتصرف.
- (٦) "الفتح": كتاب الكفالة ٢٨٩/٦.
- (٧) في "الأصل": ((وقال: قيل)).
- (٨) انظر "تبيين الحقائق": كتاب الكفالة ١٤٩/٤.
- (٩) انظر "النهر": كتاب الكفالة ق ٤١/ب.

سواءَ قَبِلَهُ الطَّالِبُ أَوْ لَا (وإنَّ لَمْ يَقُلْ) وَتَ التَّكْفِيلِ: (إِذَا دَفَعْتُهُ إِلَيْكَ فَأَنَا بَرِيءٌ) وَيَبْرَأُ بِتَسْلِيمِهِ مَرَّةً قَالَ: سَلَّمْتُهُ إِلَيْكَ بِجَهَةِ الْكَفَالَةِ أَوْ لَا إِنَّ طَلَبَهُ مِنْهُ، وَإِلَّا فَلَا بَدَّ أَنْ يَقُولَ ذَلِكَ، (وَلَوْ شَرَطَ تَسْلِيمُهُ فِي مَجْلِسِ الْقَاضِي سَلَّمَهُ فِيهِ، وَلَمْ يُجَزَّ تَسْلِيمُهُ (فِي غَيْرِهِ)، بِهِ يُفْتَى فِي زَمَانِنَا؛ لَتَهَاوُنَ النَّاسُ فِي إِعَانَةِ الْحَقِّ.

[٢٥٤١٢] (قوله: سواءَ قَبِلَهُ الطَّالِبُ أَوْ لَا) فَيُجْبَرُ عَلَى قَبُولِهِ، بِمَعْنَى أَنَّهُ يُنْزَلُ قَاضِياً كَالْغَاصِبِ إِذَا رَدَّ الْعَيْنَ، وَالْمُدْيُونِ إِذَا دَفَعَ الدَّيْنَ، "منح"^(١)، بِخِلَافِ مَا إِذَا سَلَّمَهُ أَجْنَبِيٌّ فَلَا يُجْبَرُ كَمَا يَأْتِي^(٢).

[٢٥٤١٣] (قوله: وَيَبْرَأُ بِتَسْلِيمِهِ مَرَّةً) إِلَّا إِذَا كَانَ فِيهَا مَا يَقْتَضِي التَّكَرَّارَ كَمَا إِذَا كَفَّلَهُ عَلَى أَنَّهُ كَلَّمَا طَلَبَهُ فَلَهُ أَجَلُ شَهْرٍ كَمَا مَرَّ^(٣) تَقْرِيرُهُ.

[٢٥٤١٤] (قوله: بِهِ يُفْتَى) وَهُوَ قَوْلُ "زَفَرٍ"، وَهَذِهِ^(٤) إِحْدَى الْمَسَائِلِ الَّتِي يُفْتَى فِيهَا بِقَوْلِ "زَفَرٍ"، "بَحْرٍ"^(٥)، وَعَدَّهَا سَبْعاً وَقَالَ^(٦): ((وَلَيْسَ الْمَرَادُ الْحَصْرَ)).

فَقُلْتُ: وَقَدْ زِدْتُ عَلَيْهَا مَسَائِلَ، وَذَكَرْتُهَا مَنْظُومَةً فِي النِّفَقَاتِ^(٧)، قَالَ فِي "النَّهْرِ"^(٨): ((وَفِي "الْوَاقِعَاتِ الْحُسَامِيَّةِ"^(٩)) جَعَلَ هَذَا رَأياً لِلْمَتَأَخِّرِينَ لَا قَوْلاً لـ "زَفَرٍ"، وَلَفْظُهُ: وَالْمَتَأَخَّرُونَ مِنْ مَشَائِجِنَا يَقُولُونَ: جَوَابُ الْكِتَابِ أَنَّهُ يَبْرَأُ إِذَا سَلَّمَهُ فِي السُّوقِ أَوْ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ فِي الْمِصْرِ بِنَاءً عَلَى عَادَتِهِمْ فِي ذَلِكَ الزَّمَانِ، أَمَّا فِي زَمَانِنَا فَلَا يَبْرَأُ لِأَنَّ النَّاسَ يُعِينُونَ الْمَطْلُوبَ عَلَى الْإِمْتِنَاعِ عَنِ الْحُضُورِ؛ لَغَلَبَةِ الْفِسْقِ، فَكَانَ الشَّرْطُ مُفِيداً فَيَصِحُّ، وَبِهِ يُفْتَى أَهـ.

(١) "المنح": كتاب الكفالة ٢/٤٥٤/أ، وفيها: ((إِذَا دَفَعَ الْعَيْنَ)) بَدَلَ ((إِذَا دَفَعَ الدَّيْنَ))، وَهُوَ تَحْرِيفٌ.

(٢) الْمُقُولَةُ [٢٥٤٢١] قَوْلُهُ: ((لَأَنَّ رَسُولَهُ إِلَى غَيْرِهِ كَالْأَجْنَبِيِّ)) وَمَا بَعْدَهَا.

(٣) الْمُقُولَةُ [٢٥٣٨٥] قَوْلُهُ: ((لَزِمَ التَّسْلِيمُ)).

(٤) فِي "الْأَصْلَ" وَ"ك" وَ"ب" وَ"م": ((وَهَذَا))، وَمَا أَتْبَعَهُ مِنْ "ت" وَ"الْبَحْرِ".

(٥) "الْبَحْرِ": كِتَابُ الْكَفَالَةِ ٦/٢٢٩.

(٦) الْمُقُولَةُ [١٦١٦٩] قَوْلُهُ: ((وَهَذَا مِنَ السَّيِّئَاتِ الَّتِي يُفْتَى بِهَا يَقُولُ زَفَرٌ)).

(٧) "النَّهْرُ": كِتَابُ الْكَفَالَةِ ٤/٤١٤.

(٨) وَهُوَ لِحَسَامِ الدِّينِ الْمَعْرُوفِ بِالْصَّدْرِ الشَّهِيدِ (ت ٥٣٦هـ)، وَتَقَدَّمَ تَرْجُمَتُهَا ١/٣٣٠.

ولو سلمته عند الأمير، أو شرط تسليمه عند هذا القاضي فسلمته عند قاضي آخر جاز، "بحر"^(١). ولو سلمته في السجن لو سجن هذا القاضي أو سجن أمير البلد في هذا المصر جاز، "ابن مَلَكٍ".

وهو الظاهر؛ إذ كيف يكون هذا اختلاف عصر وزمان مع أن "زفر" كان في ذلك الزمان؟!)) اهـ.

قلت؛ فيه نظر ظاهر، فكم من مسألة اختلف فيها "الإمام" وأصحابه، وجعلوا الخلاف فيها بسبب اختلاف الزمان، كمسألة الاكتفاء بظاهر العدالة وغيرها، وكالمسألة المارة آنفاً^(٢)، وبعد نقل الثقات ذلك عن "زفر" كيف يُنفى بكلام يحتمل أنه مبنى على قوله والمشاهد اختلاف الزمان في مدة يسيرة؟!)

[٢٥٤١٥] (قوله: ولو سلمته عند الأمير) أي: وقد شرط تسليمه عند القاضي.
[٢٥٤١٦] (قوله: عند قاضي آخر) أي: غير قاضي الرساتيق كما أوجب بعضهم، واستحسنه في "القنية"^(٣) [٣/١٦٥٣]؛ لأن أغلبهم ظلمة، قال "ط"^(٤): ((قلت: ولا خصوص للرساتيق، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم)).

[٢٥٤١٧] (قوله: "ابن مَلَكٍ") ونص كلامه في "شرحه" على "المجمع": ((ولو سلمته في السجن وقد حبسه غير الطالب لا يبرأ؛ لأنه لا يتمكن من إضراره مجلس الحكم، وفي المحيط": هذا إذا كان السجن سجن قاضي آخر في بلد آخر، أما لو كان سجن هذا القاضي أو سجن أمير البلد في هذا المصر يبرأ وإن كان قد حبسه غير الطالب؛ لأن سجنه في يده فيحلي سبيله حتى يجيب خصمه، ثم يعيده إلى السجن)) اهـ.

(١) "البحر": كتاب الكفالة ٢٣٠/٦، نقلاً عن "التارخانية".

(٢) المقولة [٢٥٤١١] قوله: ((أي: في موضع يمكن إلخ)).

(٣) "القنية": كتاب الكفالة - باب الكفالة بالنفس ق ١٥٧/١، نقلاً عن "الكفاية".

(٤) "ط": كتاب الكفالة ١٤٨/٣.

(وكذا يبرأ) الكفيل (بتسليم المطلوب نفسه)؛ الحُصُولُ المقصود،

وفي "البحر" ^(١) عن "البرازية" ^(٢): ((ولو ضُمنَ وهو محبوسٌ فسَلَّمَهُ فيه يبرأ، ولو أُطْلِقَ ثُمَّ حُبِسَ ثانياً فدَفَعَهُ إليه فيه: إنِ الحُبْسُ الثاني من ^(٣) أمورِ التَّجَارَةِ ونحوها صَحَّ الدَّفْعُ، وإنِ في أمورِ السُّلْطَانِ ونحوها لا)). اهـ. وفي "كافي الحاكم": ((وإذا حُبِسَ المكفولُ به بدينٍ أو غيرِهِ أَخَذْتُ الكفيلَ؛ لأنَّهُ يَقْدِرُ عَلَى أَنْ يَفْكُهُ مِمَّا حُبِسَ بِهِ بِأَدَاءِ حَقِّ الَّذِي حَبَسَهُ)) اهـ. أي: إذا لم يُمكنْهُ تسليمُهُ كما يُعْلَمُ مِنْ كَلَامِ "المحيط" المار ^(٤).

[٢٥٤١٨] (قوله): وكذا يبرأ الكفيل بتسليم المطلوب نفسه) هذا إذا كانت الكفالة بالأمر، أي: أمر المطلوب، وإلا فلا يبرأ كما في "السراج" عن "الفوائد" ^(٥). والوجه فيه ظاهر؛ لأنها إذا كانت بغير أمره لا يلزم المطلوب الحضور، فليس مطالبا بالتسليم، فإذا سلّم نفسه لا يبرأ الكفيل، "نهر" ^(٦). وفي "التارخانية" ^(٧): ((لو كَفَلَ بِنَفْسِهِ بِلَا أَمْرِهِ فَلَا مُطَالِبَةَ لِلْكَفِيلِ عَلَيْهِ إِلَّا أَنْ يَجِدَهُ فَيَسَلِّمَهُ فَيَبْرَأُ)) اهـ. وعليه: فلا يَأْتُمُ بَعْدَ التَّمَكِينِ مِنْهُ فَلَهُ الْهَرَبُ، بخلاف ما إذا كان ^(٨) بأمره، وكذا قولهم: له منعه من السفر إنما هو إذا كانت بأمره، أفادته في "البحر" ^(٩).

(قوله): وإلا فلا يبرأ كما في "السراج") يظهر أن محله إذا لم يقبله، فإذا قبله وقال: سلّمْتُ نفسي عن الكفالة صحَّ كما في الأجنبي.

(١) "البحر": كتاب الكفالة ٢٢٩/٦.

(٢) "البرازية": كتاب الكفالة - الفصل الثالث في التسليم - نوع آخر ١٩/٦ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) في "ب" و"م" و"ن" ((ي))، وما أثبتناه من "الأصل" و"ك" و"ت" موافق لعبارة "البحر" و"البرازية".

(٤) في هذه المقولة.

(٥) في "النهر": ((الفوائد))، ولم يتبيّن لنا المراد منه.

(٦) "النهر": كتاب الكفالة ق ٤١٥/١.

(٧) "التارخانية": كتاب الكفالة - الفصل الرابع في الكفالة بالنفس ومطالبة الكفيل بالتسليم إلخ ٤/٢٠٣/١.

(٨) في "ب" و"م" و"ن" ((كانت))، وما أثبتناه من "الأصل" و"ك" و"ت" موافق لعبارة "البحر".

(٩) "البحر": كتاب الكفالة ٢٣١/٦.

(وبتسليم وكيل الكفيل)؛ لقيامه مقامه (ورسوله) إليه؛ لأن رسوله إلى غيره كالأجنبي، وفيه يُشترط قبول الطالب،

[٢٥٤١٩] (قوله: وبتسليم وكيل الكفيل) لو قال: وبتسليم نائبه لكان أجود وأفود؛ لأن^(١) كفيل الكفيل لو سلمه برئ الكفيل أيضاً كما في "التارخانية"^(٢)، "نهر"^(٣).

[٢٥٤٢٠] (قوله: ورسوله إليه) أي: إلى الطالب؛ بأن دفع المطلوب إلى رجل ليسلمه^(٤) إلى الطالب على وجه الرسالة، فيقول الرجل: إن الكفيل أرسل معي هذا لأسلمه إليك.

[٢٥٤٢١] (قوله: لأن رسوله إلى غيره كالأجنبي) تعليل لمفهوم قوله: ((إليه))، فإن مفهومه أنه لا يبرأ لو كان رسولا إلى غيره. محرّد التسليم، ومثاله كما في "ط"^(٥): ((لو قال الكفيل لشخص: خذ هذا وسلمه لفلان ليسلمه للطالب، فأخذه الرسول وسلمه إلى الطالب بنفسه فإنه يكون^(٦) كتسليم الأجنبي)).

[٢٥٤٢٢] (قوله: وفيه) أي: في تسليم الأجنبي يُشترط - أي: زيادة على الشرط الذي بعده - قبول الطالب، قال في "البحر"^(٧): ((وقيّد بالوكيل والرسول لأنه لو سلمه أجنبي بغير أمر الكفيل وقال: سلمت إليك عن الكفيل وقف على قبوله، فإن قبله الطالب برئ الكفيل، وإن سكّتا لا)). اهـ.

(١) في "الأصل": ((فإن)).

(٢) في النسخ جميعها: (("الحانية"))، وما أثبتناه من عبارة "النهر" هو الصواب؛ إذ المسألة ليست في "الحانية"، بل في "التارخانية": كتاب الكفالة - الفصل الرابع في الكفالة ومطالبة الكفيل بالتسليم إلخ ٤/٢٠٤ ق ٤/٢٠٤.

(٣) "النهر": كتاب الكفالة ق ٤١/٤١.

(٤) في "ب" و"م": ((يسلمه)).

(٥) "ط": كتاب الكفالة ٣/١٤٨.

(٦) في "ك": ((لا يكون)) بالنفي، وهو خطأ.

(٧) "البحر": كتاب الكفالة ٦/٢٣١.

وَيُشْتَرَطُ أَنْ يَقُولَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْ هَؤُلَاءِ: سَلَّمْتُ إِلَيْكَ عَنِ الْكَفِيلِ، "دَرَر"^(١) (مِنْ كِفَالَتِهِ) أَيْ: بِحُكْمِ الْكَفَالَةِ، "عَيْنِي"^(٢)، وَإِلَّا لَا يَبْرَأُ، "ابْنُ كَمَالٍ"، فليَحْفَظْ.....

[٢٥٤٢٣] (قَوْلُهُ: وَيُشْتَرَطُ أَنْ يَقُولَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْ هَؤُلَاءِ) أَيْ: الثَّلَاثَةُ، وَهَم: الْمَطْلُوبُ، وَالْوَكِيلُ، وَالرَّسُولُ، وَهَذَا دُخُولٌ عَلَى "الْمَنْ" أَرَادَ بِهِ التَّنْبِيْهَ عَلَى أَمْرَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنْ قَوْلَ "الْمَصْنَفِ": ((مِنْ كِفَالَتِهِ)) قَيْدٌ فِي الْكُلِّ لَا فِي الْوَكِيلِ وَالرَّسُولِ فَقَطْ كَمَا قَدْ يُتَوَهَّمُ مِنْ عِبَارَةِ "الْمَصْنَفِ"، حَيْثُ كَرَّرَ لَفْظَ ((بِتَسْلِيمِ))، وَلَا فِي الْمَطْلُوبِ فَقَطْ كَمَا يُتَوَهَّمُ مِنْ عِبَارَةِ "الْكَنْز"^(٣)، حَيْثُ قَدَّمَ قَوْلَهُ: ((مِنْ كِفَالَتِهِ)) عَلَى تَسْلِيمِ الْوَكِيلِ.

ثَانِيَهُمَا: أَنَّهُ لَا يَكْفِي قَصْدُ كَوْنِ التَّسْلِيمِ عَنِ الْكَفَالَةِ، بَلْ لَا بُدَّ مِنَ التَّصْرِيحِ بِهِ بِأَنْ يَقُولَ: سَلَّمْتُ إِلَيْكَ عَنِ الْكَفِيلِ مِنْ كِفَالَتِهِ، فَافْهَمَ. لَكِنْ اقْتَصَرَ فِي "الدَّرَرِ" عَلَى قَوْلِهِ: ((عَنِ الْكَفِيلِ))، وَعَزَاهُ إِلَى "الْحَانِيَّةِ"^(٤). وَاقْتَصَرَ فِي "الْبَحْرِ"^(٥) عَلَى قَوْلِهِ: ((عَنِ الْكَفَالَةِ))، وَعَبَّرَ فِي "الْفَتْحِ"^(٦) مَرَّةً بِالْأَوَّلِ وَمَرَّةً بِالثَّانِي، فَعُلِمَ أَنَّهُ لَا يَلِزُ الْجَمْعُ بَيْنَهُمَا، فَلَوْ زَادَ "الشَّارِحُ" كَلِمَةَ ((أَوْ)) بِأَنْ قَالَ: أَوْ مِنْ كِفَالَتِهِ لَكَانَ أَوْلَى.

[٢٥٤٢٤] (قَوْلُهُ: وَإِلَّا لَا يَبْرَأُ) أَيْ: إِنْ لَمْ يَقُلْ أَحَدُ هَؤُلَاءِ ذَلِكَ لَا يَبْرَأُ الْكَفِيلُ.

[٢٥٤٢٥] (قَوْلُهُ: "ابْنُ كَمَالٍ") وَمِثْلُهُ فِي "الْفَتْحِ"^(٦) وَ"الْبَحْرِ"^(٧) وَ"الْمَنْحِ"^(٨) وَغَيْرِهَا.

(قَوْلُهُ: أَيْ: الثَّلَاثَةُ (لِخ) لَعَلَّ حَقَّهَ: ((الْأَرْبَعَةُ)) بَرِيَادَةُ الْأُجْنِيِّ الَّذِي زَادَهُ عَلَى "الْمَصْنَفِ".

(١) "الدَّرَرُ وَالْغَرَرُ": كِتَابُ الْكَفَالَةِ ٢/٢٩٧.

(٢) "رِزْمُ الْحَقَائِقِ": كِتَابُ الْكَفَالَةِ ٢/٧٠.

(٣) انْظُرْ "شَرْحَ الْعَيْنِي عَلَى الْكَنْزِ": كِتَابُ الْكَفَالَةِ ٢/٦٩-٧٠.

(٤) "الْحَانِيَّةُ": كِتَابُ الْكَفَالَةِ وَالْحَوَالَةِ - مَسَائِلُ فِي تَسْلِيمِ نَفْسِ الْمَكْفُولِ بِهِ ٣/٥٥ (هَامِشُ "الْفَتَاوَى الْهِنْدِيَّةُ").

(٥) "الْبَحْرُ": كِتَابُ الْكَفَالَةِ ٦/٢٣١، نَقْلًا عَنْ "التَّائِيْدَانِيَّةِ".

(٦) "الْفَتْحُ": كِتَابُ الْكَفَالَةِ ٦/٢٩١.

(٧) "الْبَحْرُ": كِتَابُ الْكَفَالَةِ ٦/٢٣١.

(٨) "الْمَنْحُ": كِتَابُ الْكَفَالَةِ ٢/٤٥ ق/ب.

(فإن قال: "إن لم أوافق) أي: آت (به غداً فهو ضامنٌ لما عليه) من المال (فلم يُوافق به

[٢٥٤٢٦] (قوله: فإن قال: إن لم أوافق إلخ) قيّد بعدم الموافقة للاحتراز عما في "البرازية"^(١): ((كفل بنفسه على أنه متى طالبه سلّمه، فإن لم يسلمه فعليه [١/١٦٦/٣] ما عليه ومات المطنوب وطالبه بالتسليم وعجز لا يلزمه المال؛ لأن المطالبة بالتسليم بعد الموت لا تصح، فإذا لم تصح المطالبة لم يتحقق العجز الموجب للزوم المال فم يجب)) اهـ "بحر"^(٢).
 [٢٥٤٢٧] (قوله: أي: آت) ومثله: إن لم أدفعه إليك، أو إن غاب عنك، "نهر"^(٣).

[٢٥٤٢٨] (قوله: فهو) أي: القائل، وهو من تمتّ المقول بالمعنى؛ لأنه إنما يقول: فأنا ضامنٌ لما عليه، أو عندي كما في "الخاتية"، وقد مرّ^(٤).

[٢٥٤٢٩] (قوله: لما عليه) أشار إلى أنه لا يشترط تعيين قدر المال كما يأتي^(٥). وقيّد بقوله: ((لما عليه)) لأنه لو قال: فالمال الذي لك على فلان رجل آخر وهو ألف درهم فهو عليّ جازٍ في قول "أبي يوسف"، وقال "محمد": الكفالة بالنفس جائزة والكفالة بالمال باطلة؛ لأنه مخاطرة إذا كان المال على غيره، وإنما يجوز إذا كان المال عليه استحساناً. ولو كفل بنفس رجل للطالب عليه مال فلزم الطالب الكفيل وأخذ منه كفيلاً بنفسه على أنه إن لم يُوافق به فالمال الذي على المكفول به الأول عليه جزاً، وليس هذا كالذي عليه مال ولم يكفل به أحد، كذا في "كافي الحاكم".

(١) "البرازية": كتاب الكفالة - الفصل الثاني في المعلقة ١٩/٦ (هامش الفتاوى الهندية).

(٢) "البحر": كتاب الكفالة ٢٣٢/٦ - ٢٣٣.

(٣) "النهر": كتاب الكفالة ١٥٤/٤.

(٤) المقولة [٢٥٣٦٦] قوله: ((أو عندي)).

(٥) المقولة [٢٥٤٤٥] قوله: ((ادعى على آخر حقاً)).

مع قُدْرَتِهِ عَلَيْهِ)، فلو عَجَزَ لِحَبْسٍ أَوْ مَرَضٍ لَمْ يَلْزَمُهُ الْمَالُ إِلَّا إِذَا عَجَزَ بِمَوْتِ
الْمَطْلُوبِ، أَوْ جُنُونِهِ.....

[٢٥٤٣٠] (قوله: مع قُدْرَتِهِ عَلَيْهِ) صَرَّحَ بِهَذَا الْقَيْدِ "الرَّيْلِيُّ"^(١) و"الشُّمْنِيُّ" في "شرح
النقاية"^(٢)، وكذا في "البحر"^(٣)، وقال "المصنّف" في "المنح"^(٤): ((إِنَّهُ قَيْدٌ لَا زَمَ؛ لِأَنَّهُ إِذَا عَجَزَ
لَا يَلْزَمُهُ إِلَّا إِذَا عَجَزَ بِمَوْتِ الْمَطْلُوبِ أَوْ جُنُونِهِ^(٥))). اهـ.

[٢٥٤٣١] (قوله: فلو عَجَزَ لِحَبْسٍ أَوْ مَرَضٍ) أي: مثلاً، فيدخلُ فيه ما إذا غابَ المكفُولُ
به ولم يَعْلَمْ مكانَهُ، فقد مرَّ^(٦) التَّصْرِيحُ بِأَنَّ ذَلِكَ عَجَزٌ، وَقَدْ عَلِمْتُ أَنَّ شَرْطَ ضَمَانِ الْمَالِ عَدَمُ
الْمُوَافَاةِ مَعَ الْقُدْرَةِ، وَحَيْثُ صَرَّحُوا بِأَنَّ الْغَيْبَةَ الْمَذْكُورَةَ عَجَزٌ عَنِ الْمُوَافَاةِ لَمْ تَتَحَقَّقِ الْقُدْرَةُ،
وَلَمْ يَسْتَنْوَا مِنَ الْعَجَزِ إِلَّا الْعَجَزَ بِمَوْتِ الْمَطْلُوبِ أَوْ جُنُونِهِ، فَدَخَلَتْ الْغَيْبَةُ الْمَذْكُورَةُ فِي الْعَجَزِ.

٢٥٨/٤

وَأَمَّا مَا قَدَّمْنَاهُ^(٧) عَنْ "الخلاصة" و"البَزَازِيَّةِ": ((مِنْ أَنَّ الْغَيْبَةَ الْمَذْكُورَةَ كَالْمَوْتِ))
فَقَدَّمْنَا^(٨) أَنَّ الْمُرَادَ أَنَّهَا مِثْلُهُ فِي سُقُوطِ الْمَطَالِبَةِ فِي الْحَالِ لَا مِنْ كُلِّ وَجْهِ، عَلَى أَنَّ ذَلِكَ مَذْكُورٌ
فِي كِفَالَةِ النَّفْسِ، وَالْمَوْتُ هُنَاكَ مُبْطِلٌ لِلْكَفَالَةِ بِالنَّفْسِ وَمُسْقِطٌ لِلْمَطَالِبَةِ بِالْكُلِّيَّةِ، وَلَيْسَ هُنَاكَ
كَفَالَةٌ بِالْمَالِ، وَهَذَا الْمُرَادُ ثُبُوتُ كِفَالَةِ الْمَالِ الْمَلْقَقَةِ عَلَى عَدَمِ الْمُوَافَاةِ مَعَ الْقُدْرَةِ، وَالْمَوْتُ هُنَا
مُحَقِّقٌ لِكَفَالَةِ الْمَالِ وَثَبُوتٌ لَضَمَانٍ، فَإِذَا جُعِلَتِ الْغَيْبَةُ الْمَذْكُورَةُ كَالْمَوْتِ بِالْمَعْنَى الْمُرَادِ فِيمَا مَرَّ^(٩) -
وهو سُقُوطُ الْمَطَالِبَةِ بِالنَّفْسِ لِلْعَجَزِ عَنْ تَسْلِيمِهِ - لَا يَلْزَمُ مِنْهُ ثُبُوتُ ضَمَانِ الْمَالِ الْمَلْقَقِ عَلَى عَدَمِ
الْمُوَافَاةِ مَعَ الْقُدْرَةِ، بَلْ يَلْزَمُ عَدَمُ ثُبُوتِهِ؛ لِتَحَقُّقِ الْعَجَزِ، وَإِنْ جُعِلَتْ كَالْمَوْتِ بِالْمَعْنَى الْمُرَادِ هُنَا

(١) "تبيين الحقائق": كتاب الكفالة ١٥٠/٤.

(٢) المسمى "كمال الدراية"، وتقدمت ترجمته ٢٣٤/٤.

(٣) "البحر": كتاب الكفالة ٢٣١/٦.

(٤) "المنح": كتاب الكفالة ٤٥٢/٢ ب.

(٥) ((أو جنونه)) ليست في مخطوطة "المنح" التي بين أيدينا.

(٦) المقولة [٢٥٤٠٣] قوله: ((وَيُرَادُ الْكَفِيلُ بِالنَّفْسِ بِمَوْتِ الْمَكْفُولِ بِهِ)).

- وهو بُيُوتُ الضَّمانِ - نافي قولهم: ((مع القدرة))، وقد عَلِمْتَ أَنَّ الغيبةَ المذكورةَ عجزٌ مُنافٍ للضَّمانِ، وأنَّهم لم يَسْتَتُوا مِنَ العِزِّ إِلَّا المَوْتَ والجُنُونَ، على أَنَّ جَعْلَهَا كالموتِ في بُيُوتِ الضَّمانِ خِلافٌ ما أَرَادَهُ في "البَرَازِيَّة" و"الخلاصة"؛ لأنَّهما إِنَّمَا ذَكَرَا ذلكَ في كِفَالَةِ النَّفْسِ المَجْرَدَةِ عن كِفَالَةِ المَالِ وقد صرَّح أصحابُ المتونِ وغيرُهم: ((بأنَّ الغيبةَ المذكورةَ مُسْقِطَةٌ للمطالبةِ بالتَّسليمِ))، وذلك مُنافٍ لُبُيُوتِ الضَّمانِ، أي: ضِمانِ النَّفْسِ، فلا يَصِحُّ الاستِدلالُ بتلك العبارةِ على كونِ الغيبةِ المذكورةِ مُسْقِطَةً للمطالبةِ بالمَالِ في مسألتنا، وإنَّما تَسْقُطُ المطالبةُ بالنَّفْسِ فقط، وأمَّا المطالبةُ بالمَالِ فهي حُكْمُ الكِفَالَةِ الأُخْرَى المعلقة على عَدَمِ المِوَافاةِ مع القدرة، فإذا وُجِدَ ما عُلِّقَتْ عليه ثَبَتَتْ وإلَّا فلا، ومع الغيبةِ المذكورةِ لم تَوْجِدِ القدرةُ فلا تَثْبُتُ المطالبةُ بالمَالِ كما لا يَخْفَى.

مطلب: حادثة الفتوى

فإذا عَلِمْتَ ذلكَ ظَهَرَ لكَ جوابُ حادثةِ الفتوى قَرِيباً مِنْ كتابتي لهذا المَحَلِّ، وهي: رجُلانِ عليهما دُيُونٌ فَكَفَلَهُمَا زَيْدٌ كِفَالَةَ مالٍ، وَكَفَلَهُمَا عِنْدَ زَيْدٍ أَرْبَعَةُ رِجَالٍ على أَنَّهُمْ إِنْ لَمْ يَوفَوْهُ بِالْمَطْلُوبِينَ عِنْدَ حُلُولِ ١٦٦٣/٢ هـ الأجلِ فَمَالُ الْمَذْكُورِ عَلَيْهِمْ، ثُمَّ حُلَّ الْأَجَلُ وَأَدَّى زَيْدٌ إِلَى أَصْحَابِ الدُّيُونِ وَطالِبِ الأربعةِ بِالْمَطْلُوبِينَ فَأَحْضَرُوا لَهُ أَحَدَهُمَا وَعِجَزُوا عَنْ إِحْضَارِ الأُخَرِ لكونِهِ سَافِراً إِلَى بِلَادِ الحَرْبِ ولا يُدْرَى مكانُهُ. فَأُجِبْتُ بِأَنَّهُ لا يَلْزَمُهُم المَالُ لِلْعِزِّ عَنِ المِوَافاةِ بِالْغَيْبَةِ الْمَذْكُورَةِ، فَعَارَضَنِي الحَاكِمُ الشَّرْعِيُّ بِعبارةِ "البَرَازِيَّة" المأرُورَةِ^(١)، فَأُجِبْتُهُ بِمَا حَرَّرْتُهُ، واللَّهِ سَبْحَانَهُ أَعْلَمُ.

(قوله: مُسْقِطَةٌ للمطالبةِ إلخ) لعلَّه: مُثَبِّتَةٌ^(٢).

(١) المَقُولَةُ [٢٥٤٠٣] قوله: ((وَيُرَادُ الْكَيْفُ بِالنَّفْسِ بِمَوْتِ الْمَكْفُولِ بِهِ)).

(٢) انظر المَقُولَةَ [٢٥٣٩٢] وما بعدها، حيثُ إِنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ ما ذَكَرَهُ ابنَ عابِدِينَ رَحِمَهُ اللهُ هُوَ الصَّوَابُ؛ حيثُ إِنَّ صُورَةَ الْمَسْأَلَةِ هُنَاكَ صَرِيحَةٌ فِي أَنَّ الغيبةَ الْمَذْكُورَةَ تَسْقُطُ الْمَطْلَبَةَ بِالتَّسْلِيمِ.

كما أفادَهُ بقوله (أو ماتَ المطلوبُ) في الصُّورة المذكورة (ضَمِنَ المالَ) في الصُّورتين؛ لأنه علَّقَ الكفالةَ بالمالِ بشرطِ مُتعارَفٍ فصَحَّ،

[٢٥٤٣٢] (قوله: كما أفادَهُ بقوله إلخ) أي: أفادَ بعضُهُ؛ لأنه لم يذكرِ الجنونَ، لكن يُفهمُ حكمُهُ من الموتِ؛ لأنَّ المُستَحَقَّ عليه تسليمُ يكونُ ذريعةً إلى الخِصامِ ولا يتحقَّقُ ذلك مع الجنونِ كالموتِ.

[٢٥٤٣٣] (قوله: أو ماتَ المطلوبُ) يعني: بعدَ الغدِّ، كذا في "الفتح"^(١). وبهذا يزولُ إشكالُ المسألة، وهو أنَّ شرطَ الضَّمانِ عَدَمُ الموافقةِ مع القُدرة، ولا شكُّ أنَّه لا قُدرةَ على الموافقةِ بالمطلوبِ بعدَ موته، فإذا^(٢) قَيَّدَ الموتَ بما بعدَ الغدِّ يكونُ قد وُجِدَ شرطُ الضَّمانِ قبلَهُ؛ لأنَّ فرضَ المسألةِ عَدَمُ الموافقةِ به غداً كما نُبِّهَ عليه "الشارح" بقوله: ((في الصُّورة المذكورة)) أي: المقيَّدة بالغدِّ، لكنَّ مُفادَهُ أنَّه لو لم يقيَّدَ بالغدِّ لا يثبتُ الضَّمانُ بالموتِ مع أنَّه صرَّحَ في "الفتح"^(٣) أيضاً: ((بأنَّه لا فرقَ بينَ المقيَّدِ والمطلِّقِ))، فليُتأمل. ثمَّ رأيتُ في "كافي الحاكم" قَيَّدَ بقوله: ((فماتَ المكفُولُ به قبلَ الأجلِ، ثمَّ حلَّ الأجلُ فالمالُ على الكفيلِ))، فهذا مُخالفٌ لقولِ "الفتح": ((يعني: بعدَ الغدِّ)).

[٢٥٤٣٤] (قوله: في الصُّورتين) أي: صورةَ عَدَمِ الموافقةِ مع القُدرة، وصورةَ موتِ المطلوبِ. وموتُ المطلوبِ وإنَّ أبطلَ الكفالةَ بالنفسِ فإنَّما هو في حقِّ تسليمِهِ إلى الطالبِ لا في حقِّ المالِ، "بحر"^(٤).

[٢٥٤٣٥] (قوله: بشرطِ مُتعارَفٍ) فلو قال: إنَّ وافيتُك به غداً فعليَّ ما عليه، ثمَّ وافى به

(١) "الفتح": كتاب الكفالة ٢٩٢/٦.

(٢) في "الأصل": ((فإن)).

(٣) "الفتح": كتاب الكفالة ٢٩٣/٦.

(٤) "البحر": كتاب الكفالة ٢٣١/٦ بتصرف.

ولا يبرأ عن كفالة النفس لعدم التنافي، فلو أبرأه عنها فلم يُواف به لم يحجب المال
لفقد شرطه

لم يلزمه المال؛ لأنه شرط لزومه إن أحسن إليه، كذا في "منية المفتي"، يعني أنه تعليق بشرط
غير متعارف، "نهر"^(١). لكن في "جامع الفصولين"^(٢): ((لو قال: إن وافيتك به غداً وإلا
فعليّ المال لم تصحّ الكفالة، بخلاف: إن لم أوافك به غداً)) اهـ. واستشكل في "نور
العين"^(٣) الفرق بين المسألين؛ لأنّ قوله: ((وإلا فعليّ المال)) بمعنى: إن لم أوافك به غداً.
قلت: الظاهر أنّ قوله: ((وإلا)) زائد، والصواب إسقاطه بدليل كلام "المنية"، وبه
يزول الإشكال، تدبر.

[٢٥٤٣٦] (قوله: لعدم التنافي) إذ كلّ منهما للتوثيق، ولعنه يطالبه^(٤) بحق آخر يدعي به
غير المال الذي كفّل به معلّقاً كما في "الفتح"^(٥).

[٢٥٤٣٧] (قوله: لفقد شرطه) وهو بقاء الكفالة بالنفس؛ لزوالها بالإبراء، وطولّب
بالفرق بينه وبين موت المطلوب، فإنها بالموت زالت أيضاً. وأجيب بأنّ الإبراء وضع لفسخ
الكفالة فتفسخ من كلّ وجه، والانسحاق بالموت إنما هو لضرورة العجز عن التسليم المفيد
فيقتصر؛ إذ لا ضرورة إلى تعديبه إلى الكفالة بالمال، كذا في "الفتح"^(٦)، "نهر"^(٧).

(١) "النهر": كتاب الكفالة ق ٤١٥/أ.

(٢) "جامع الفصولين": الفصل الثلاثون في التصرفات الفاسدة وأحكامها إلخ ٥٤/٢.

(٣) "نور العين": الفصل التاسع والعشرون في التصرفات الفاسدة وأحكامها إلخ ق ١٢٧/أ.

(٤) في "الأصل": ((يطالب)).

(٥) "الفتح": كتاب الكفالة ٢٩٢/٦.

(٦) "الفتح": كتاب الكفالة ٢٩٣/٦.

(٧) "النهر": كتاب الكفالة ق ٤١٥/أ بتصرف.

قَيَّدَ بِمَوْتِ الْمَطْلُوبِ لِأَنَّهُ لَوْ مَاتَ الطَّالِبُ طَلَبَ وَارِثُهُ، وَلَوْ مَاتَ الْكَفِيلُ طُوبِىَ وَارِثُهُ، "درر"^(١). فَإِنْ دَفَعَهُ الْوَارِثُ إِلَى الطَّالِبِ^(٢) بَرِئَ، وَإِنْ لَمْ يَدْفَعْهُ حَتَّى مَضَى الْوَقْتُ كَانَ الْمَالُ عَلَى الْوَارِثِ، يَعْنِي: مِنْ تَرْكِهِ الْمَيِّتِ، "عَيْنِي"^(٣). (وَلَوْ اخْتَلَفَا فِي الْمَوَافَةِ) وَعَدَمِهَا (فَالْقَوْلُ لِلطَّالِبِ) لِأَنَّهُ مُنْكَرُهَا (و) حِينَئِذٍ فَـ (الْمَالُ لَازِمٌ عَلَى الْكَفِيلِ) "حَائِثِيَّة"^(٤)، وَفِيهَا^(٥): ((وَلَوْ اخْتَفَى الطَّالِبُ فَلَمْ يَجِدْهُ الْكَفِيلُ نَصَبَ الْقَاضِي عَنْهُ وَكَيْلًا)).

[٢٥٤٣٨] (قَوْلُهُ: طَلَبَ وَارِثُهُ) أَي: طَلَبَ وَارِثُهُ مِنَ الْكَفِيلِ إِحْضَارَ الْمَكْفُولِ بِهِ فِي الْوَقْتِ، وَإِنْ مَضَى الْوَقْتُ طَلَبَ مِنْهُ الْمَالُ.

[٢٥٤٣٩] (قَوْلُهُ: طُوبِىَ وَارِثُهُ) أَي: بِإِحْضَارِ الْمَكْفُولِ بِهِ فِي الْوَقْتِ، وَبِالْمَالِ بَعْدَهُ.

[٢٥٤٤٠] (قَوْلُهُ: فَإِنْ دَفَعَهُ) تَفْرِيعٌ عَلَى قَوْلِهِ: ((وَلَوْ مَاتَ الْكَفِيلُ إِنْخَ)).

[٢٥٤٤١] (قَوْلُهُ: فَالْقَوْلُ لِلطَّالِبِ) وَيَكُونُ الْأَمْرُ عَلَى مَا كَانَ فِي الْإِبْتِدَاءِ، وَلَا يَمِينُ عَلَى وَاحِدٍ مِنْهُمَا؛ لِأَنَّ كُلًّا مِنْهُمَا مُدَّعٍ، الْكَفِيلُ الْبِرَاءَةَ وَالطَّالِبُ الْوُجُوبَ، وَلَا يَمِينُ عَلَى الْمُدَّعِي عِنْدَنَا، "بَحْرٌ"^(٦) عَنْ "نَظْمِ الْفَقْهِ"^(٨).

[٢٥٤٤٢] (قَوْلُهُ: وَلَوْ اخْتَفَى الطَّالِبُ) أَي: عِنْدَ مَجِيءِ الْوَقْتِ.

مطلب في المواضع التي يُنصب فيها القاضي وكيلًا بالقَبْضِ عن الغائب المتواري

[٢٥٤٤٣] (قَوْلُهُ: نَصَبَ الْقَاضِي عَنْهُ وَكَيْلًا) أَي: فُيَسَلَّمُهُ إِلَيْهِ، وَكَذَا لَوْ اشْتَرَى بِالْخِيَارِ

٢٥٩/٤

(١) "الدرر والغرر": كتاب الكفالة ٢/٢٩٨ بتصرف.

(٢) في "د" و"و": ((لِلطَّالِبِ)) بَدَلَ ((إِلَى الطَّالِبِ)).

(٣) "رمز الحقائق": كتاب الكفالة ٢/٧٠.

(٤) "الحانية": كتاب الكفالة والحالة - مسائل في تسليم نفس المكفول به ٣/٥٥ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٥) "الحانية": كتاب الكفالة والحالة - مسائل في تسليم نفس المكفول به ٣/٥٦ بتصرف (هامش "الفتاوى الهندية").

(٦) الواو ليست في "د" و"و".

(٧) "البحر": كتاب الكفالة ٦/٢٣٢.

(٨) "نَظْمُ الْفَقْهِ": لَزُتْدَوَيْسِي، وَتَقَدَّمَ تَرْجُمَتُهُ ١/٥٥٤.

ولا يُصدَّقُ الكفيلُ على الموافاةِ إِلَّا بِحُجَّةٍ. (ادَّعى على آخرَ) حَقًّا، "عيني"^(١)، أو (مائة دينار ولم يُبينها) أَجِدَّةً، أم رديئةً، أم أَشْرِفِيَّةً^(٢) لتَصِحَّ الدَّعوى (فقال) رجلٌ للمُدَّعي: دَعُهُ فَأَنَا كَفِيلٌ بِنَفْسِهِ

فتَوَارَى البائعُ، أو حَلَفَ لِقَضِيْنٍ ذِيْنَهُ الْيَوْمَ فَتَغَيَّبَ الدَّائِنُ، أو جَعَلَ أَمْرَهَا بِيَدِهَا إِنْ لَمْ تَصِلْ نَفَقَتُهَا فَتَغَيَّبَتْ فالتأخَّروْنَ على أَنَّ الْقَاضِيَّ يَنْصِبُ وَكِيلًا عَنِ الْغَائِبِ فِي الْكُلِّ، وهو قولُ "أبي يوسف"، كذا في "الحاشية"^(٣). قال "أبو الليث": ((هذا خلافُ قولِ [١/١٦٧ق/٣] أصحابنا، وإنما روي في بعض الروايات عن "أبي يوسف"، ولو فعله القاضي فهو حسن))، "نهر"^(٤).

[٢٥٤٤٤]. (قوله): ولا يُصدَّقُ الكفيلُ إلخ) الأولى ذِكرُهُ بعدَ قوله: ((لأنَّهُ مُكْرَهُها)).

[٢٥٤٤٥] (قوله): ادَّعى على آخرَ حَقًّا) أفادَ أَنَّهُ لَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ [لا]^(٥) يُبَيِّنَ مَقْدَارًا أَصْلًا، أو يُبَيِّنَ الْمَقْدَارَ وَلَمْ يُبَيِّنْ صِفَتَهُ، وقد جَمَعَ بَيْنَ الْمَسْأَلَتَيْنِ "الإمامُ مُحَمَّدٌ" في "الجامع الصغير"^(٦)، واقتصرَ في "الكنز"^(٧) على الثَّانِيَةِ، قال في "النهر"^(٨): ((ولو تَبَعَهُ "المُصَنِّفُ" لكانَ أُولَى))، والخلافُ الْآتِي^(٩) جارٍ فِيهِمَا خِلَافًا لِمَا يُؤْهِمُهُ كَلَامُ "البحر"^(١٠).

[٢٥٤٤٦] (قوله): لتَصِحَّ الدَّعوى) عِلَّةٌ لِلْمَنْفِيِّ بِـ ((لم))، أفادَ أَنَّ صَحَّةَ الدَّعوى وَقَتْ

الكفالةِ غيرُ شرطٍ.

(١) "رمز الحقائق": كتاب الكفالة ٢/٧٠.

(٢) في "د" ((شريفية))، ودنانير أشرفية: نسبة إلى السلطان الأشرف.

(٣) "الحاشية": كتاب الكفالة والحوالة - مسائل في تسليم نفس المكفول به ٥٦/٣ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) "النهر": كتاب الكفالة ق ٤١٥/أ، ونَقَلَ قولُ أبي الليث عن "الخلاصة".

(٥) ((لا)) ليست في النسخ جميعها، والسِّيَاقُ يَقْتَضِيهَا، وقد ثَبَّهَ على ذَلِكَ مُصَحِّحَا "ب" و"م".

(٦) "الجامع الصغير": كتاب الكفالة - باب الكفالة بالنفس ص ٣٧٠ - ٣٧١.

(٧) انظر "شرح العيني على الكنز": كتاب الكفالة ٢/٧٠.

(٨) "النهر": كتاب الكفالة ق ٤١٥/ب.

(٩) المقولة [٢٥٤٤٧] قوله: ((أَي: فعلى المائة)) وما بعدها.

(١٠) "البحر": كتاب الكفالة ٦/٢٣٣.

و(إن لم أوافك به غداً فعليه) أي: فعليّ (المائة^(١))، فلم يُوافِ الرجلُ (به غداً فعليه المائة) التي^(٢) بينها المدعى إمّا بالبيّنة أو بإقرار المدعى عليه، وتصحّ الكفالتان؛ لأنّه إذا بينَ التحقّ البيانُ بأصل الدّعى، فتبيّن صحّة الكفالة بالنفس، فترتب عليها الثانية،

[٢٥٤٤٧] (قوله: أي: فعليّ^(٣) المائة) أي: المائة الدّينار المذكورة، والأوّل أن يزيد مائة دينار منكرةً لأجل قوله: ((حقاً))، وقد يكونه كفل بقدر معلومٍ لما في "كافي الحاكم": ((من أنه لو كفل بنفسه على أنه إن لم يُواف به غداً فعليه ما للطالب عليه من شيء، فلم يُواف به في الغد، وقال الكفيل: لا شيء لك عليه فالقول له مع يمينه على علمه. وكذلك إذا أقرّ الكفيل بمائة والمطلوب بمائتين صدّق المطلوبُ على نفسه ولم يصدقْ على الكفيل، ولو قال: فعليه من المال ما أقرّ به المطلوبُ فأقرّ المطلوبُ بألفٍ فالكفيلُ ضامنٌ لها، ولو قال: فعليه ما ادّعى الطالبُ وادّعى ألفاً وأقرّ له بها المطلوبُ فالقول للكفيل مع يمينه على علمه)) اهـ.

[٢٥٤٤٨] (قوله: فعليه المائة) هذا قول "الإمام" و"الثاني" أخيراً، وقال "حمّد": إن لم يبيّنها ثم ادّعى وبينها لا تلزمه، وتأمّمه في "النهر"^(٤).

[٢٥٤٤٩] (قوله: إمّا بالبيّنة إلخ) تابع فيه صاحب "النهر"^(٤)، وكأنّه أخذهُ ممّا يأتي عن "السراج": ((من اشترط إقرار المدعى عليه بالمال))، والبيّنة مثل الإقرار، لكنّ هذا مُخالِفٌ لكلام "المصنّف" وغيره: ((من أنّ القول للمدعى)) كما يأتي^(٥).

(قوله: لكنّ هذا مُخالِفٌ لكلام "المصنّف" وغيره إلخ) فيه: أنّ كلام "المصنّف" في قبول قول المدعى أنّه أراد البيان عند الدّعى تصحّ الكفالة، وما هنا فيما إذا أراد المدعى إلزام الكفيل بما بينه، ومعلوم أنّه لا يكفي بيانه لإلزامه، بل لا بدّ من بيّنة أو إقرار المدعى عليه أو الكفيل، وليس كلامه مبنياً على ما في "السراج".

(١) عبارة "و": ((إن لم يوافك به غداً فعليّ المائة)).

(٢) في "د" و"و": ((أي: التي)).

(٣) في النسخ جميعها (فعليه))، وما أثبتناه هو الموافق لنسخ "الدر"، وأشار إليه مصحّح "ب" و"م".

(٤) انظر "النهر": كتاب الكفالة ق ٤١٥/ب.

(٥) ص ٦٣- "در".

(والقولُ له) أي: للكفيل (في البيان) لأنه يدَّعي صحَّةَ الكفالة، وكلامُ "السَّراج" يُفيدُ اشتراطَ إقرارِ المدَّعى عليه بالمال،

[٢٥٤٥٠] (قوله: والقولُ له، أي: للكفيل^(١)) عبارة "المصنّف" في "المنح"^(٢): ((أي: للمكفول له))، وهي الصَّواب، وقد تبع "الشَّارح" "الدَّرر"^(٣)، واعترضه في "العزيمة"^(٤) بقوله: ((هذا سهوٌ ظاهرٌ، والصَّواب: للمدَّعي، أمّا درايةٌ فلأنَّ قولهم: لأنه يدَّعي الصَّحَّةَ يشهدُ بذلك، فإنَّ ادَّعاء الصَّحَّةَ لا يُوافقُ مدَّعاهُ، وأمّا روايةٌ فلقوله في "معراج الدَّراية": ويكونُ القولُ له في هذا البيان؛ لأنه يدَّعي الصَّحَّةَ، والكفيل يدَّعي الفسادَ، ذكره^(٥) في "الذَّخيرة". اهـ. وفي "غاية البيان"^(٦): ويُقبلُ قولُ المدَّعي أنه أرادَ ذلك عندَ الدَّعوى؛ لأنه يدَّعي الصَّحَّةَ)) اهـ ما في "العزيمة". وفي "النهاية": ((إذا بينَ المدَّعي ذلك عندَ القاضي ينصرفُ بيانهُ إلى ابتداءِ الدَّعوى والملازمة، فظهرَ صحَّةُ الكفالة بالنفسِ والمالِ جميعاً، ويكونُ القولُ قوله في هذا البيان؛ لأنه يدَّعي صحَّةَ الكفالة)) اهـ. ومثله في "شرح الجامع الصَّغير" لـ "قاضي خان"^(٧)، فهذه العباراتُ صريحةٌ في المراد، وهو ظاهرُ عباراتِ المتونِ و"الهداية"^(٨).

[٢٥٤٥١] (قوله: وكلامُ "السَّراج" يُفيدُ إلخ) وذلك حيثُ قال: ((ولو ادَّعى على رجلٍ ألفاً فأنكره، فقال له رجل: إنَّ لم يُوافك^(٩) به غداً فهي عليّ، فلم يُوافِه به غداً لا يلزمه شيءٌ؛

(١) في "م": ((أي: الكفيل)).

(٢) "المنح": كتاب الكفالة ٢/٤٥٥ ب.

(٣) "الدَّرر والغرر": كتاب الكفالة ٢/٢٩٨.

(٤) هي حاشية عزمي زاده (ت ١٠٤٠ هـ) على "الدَّرر والغرر"، وتقدمت ترجمتها ٣/٢١١.

(٥) في "الأصل": ((وذكره)).

(٦) "غاية البيان ونادرة الأقران": للإتقاني (ت ٧٥٨ هـ) شرح "هداية المرغيناني"، وتقدمت ترجمتها ١/٢٢٨.

(٧) "شرح الجامع الصَّغير": كتاب الكفالة - باب الكفالة بالنفس ٢/٨٣ ب.

(٨) "الهداية": كتاب الكفالة ٣/٨٩.

(٩) في "و" و"م" و"ن": ((أوافك)).

فليُحرَرْ. (لا يُجَبِّرُ) المَدَّعَى عليه (على إعطاء الكفيل بالنفس في) دعوى (حَدٌّ وقَوْدٍ) مُطلقاً،.....

لأنَّ المكفُولَ عنه لم يعترف بوجود المال، ولا اعترف الكفيلُ بها أيضاً، فصار هذا مالاً مُعلقاً بخَطَرٍ فلا يُجوزُ)) اهـ.

٥. [٢٥٤٥٢] (قوله: فليُحرَرْ) لا يخفى أنَّ ما في "السراج" لا يُعارضُ ما في مشاهير كتب المذهب التي ذكرناها، وقال "السَّامحانيُّ": ((الذي تحرَّرَ لي أنَّ يُحمَلَ ما في "السراج" على قول "محمَّد" وقول "أبي يوسف" ثانياً)) اهـ. وهو ظاهرٌ، ولا يُقال: إنَّ قولَ "السراج": ((فأنكره)) يُفيدُ التوفيقَ بحمل كلامهم على الإقرار؛ لأنَّه خلافُ ما فرضَ به المسألة في "كافي الحاكم": ((من كون الكفيل والمطلوب مُنكرين للمال)).

[٢٥٤٥٣] (قوله: في دعوى حَدٍّ وقَوْدٍ) قيَّدَ بالدَّعوى [١٦٧/٣ ب] لأنَّ الكفالةَ بنفس الحَدِّ والقَوْدِ لا تجوزُ إجماعاً كما يأتي^(١)؛ إذ لا يمكنُ استيفاؤهما مِن الكفيل. وقيَّدَ بالقصاصِ لأنَّه في القتلِ والجراحةِ خطأ يُجَبِّرُ عليه^(٢) الكفيلُ إجماعاً؛ لأنَّ الموجبَ هو المال، "نهر"^(٣).

[٢٥٤٥٤] (قوله: مُطلقاً) أي: في حقِّ تعالى، أو حقِّ عبدٍ، وهذا راجعٌ لقوله: ((حَدٌّ))، والأوَّلُ ذِكرُهُ عَقِبَهُ.

(قوله: قيَّدَ بالدَّعوى إلخ) لا حاجة للتقييد بالدَّعوى، فإنَّ الكفالةَ بنفسِ الحَدِّ والقَوْدِ خارجةٌ بقولِ "المصنِّف": ((بالنفس))، فالأوَّلُ إبقاءُ "المتن" عامّاً شاملاً للكفالةِ بالنفسِ في دعوى حَدٍّ، وللکفالةِ بالنفسِ في نفسِ الحَدِّ، تأملُ.

(١) المَقولة [٢٥٤٦١] قوله: ((وظاهرُ كلامهم)) والتي بعدها.

(٢) في "الأصل" و"ك" و"آ" و"ب": ((على)).

(٣) "النهر": كتاب الكفالة ٤١٥/ب.

وقالا: يُجْبَرُ فِي قَوْدٍ وَحَدٍّ قَذْفٍ وَسَرْقَةٍ كَتَعْزِيرٍ؛

(قوله: وسَرْقَةٍ) هذا الحَقُّه "الثمرتاشي" وجعله من حُقُوقِ العبادِ لكونِ الدَّعوى فيه شرطاً، بخلافِ غيره؛ لَعَدِمَ اشتراطها، "بحر" (١).

قلت: قد صرَّحَ به "الحاكم" في "الكافي" حيث قال: ((ولو ادَّعى رجلٌ قَيْلَ رجلٍ قَبْلَ أَنْ يَسْرِقَ مَالاً مِنْهُ وَقَالَ: يَبْتَغِي حَاضِرَةً فَإِنَّهُ يُؤْخَذُ لَهُ كَفِيلٌ بِنَفْسِهِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ، وَلَوْ قَالَ: قَدْ قَبِضْتُ مِنْهُ السَّرْقَةَ وَلَكِنِّي أُرِيدُ أَنْ أَقِيمَ الْحَدَّ لَمْ يُؤْخَذْ مِنْهُ كَفِيلٌ))، ثُمَّ قَالَ: ((وَإِذَا أَقَامَ شَاهِدَيْنِ عَلَى السَّارِقِ وَعَلَى السَّرْقَةِ وَهِيَ بَعِينُهَا فِي يَدَيْهِ لَمْ يُؤْخَذْ مِنْهُ كَفِيلٌ، وَلَكِنْ يُحْبَسُ وَتَوْضَعُ السَّرْقَةُ عَلَى يَدَيْهِ عَدْلٌ حَتَّى يُزَكَّى الشُّهُودُ)) اهـ.

قلت: والظاهرُ أَنَّهُ يُحْبَسُ وَلَا يُكْفَلُ فِي الثَّانِيَةِ؛ لِأَنَّهُ صَارَ مَتَّهَمًا بِقِيَامِ الْبَيِّنَةِ قَبْلَ التَّزْكِيَةِ، وَالْمُتَّهَمُ يُحْبَسُ كَمَا يَأْتِي (٢). وَفِي الْأَوَّلِ لَمْ يُحْبَسْ؛ لِأَنَّ الْحَبْسَ عَقُوبَةٌ فَلَا يَفْعَلُهَا قَبْلَ الشَّهَادَةِ.

(قوله: كَتَعْزِيرٍ) قال في "الكافي": ((ولو ادَّعى رجلٌ قَيْلَ رجلٍ شَتِيمَةً فِيهَا تَعْزِيرٌ وَقَالَ: يَبْتَغِي حَاضِرَةً أَخْذُ لَهُ مِنْهُ كَفِيلًا بِنَفْسِهِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِحَدٍّ، وَهُوَ مِنْ حُقُوقِ النَّاسِ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ عَفَا عَنْهُ وَتَرَكَهُ حَازًا))، ثُمَّ قَالَ: ((وَإِنْ أَقَامَ عَلَيْهِ شَاهِدَيْنِ بِالشَّتْمَةِ (٣)

٢٦٠/٤

(قوله: هذا الحَقُّه "الثمرتاشي" إلخ) أي: فَيَحْجُوزُ التَّكْفِيلُ نَفْسَ مَنْ عَلَيْهِ بِالْإِجْمَاعِ، وَفِي الْإِجْبَارِ عَلَيْهِ عِنْدَهُمَا. اهـ "زيلعي".

(قوله: قد صرَّحَ به "الحاكم" في "الكافي" حيث قال: ولو ادَّعى رجلٌ إلخ) ما في "الكافي" إِنَّمَا أَفَادَ أَنَّهُ لَا يُؤْخَذُ مِنْهُ كَفِيلٌ لِإِقَامَةِ الْحَدِّ عِنْدَ دَعْوَاهُ وَإِرَادَةِ أَنْ يُقَامَ الْحَدُّ عَلَيْهِ، وَلَمْ يَتَعَرَّضْ أَنَّ هَذَا مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ أَوْ مُخْتَلَفٌ، وَالْمَنْقُولُ عَنْ "الصَّاحِبِينَ": أَنَّهُ فِي الْقَوْدِ وَحَدِّ الْقَذْفِ يُحْبَرُ عَلَى إِعْطَاءِ كَفِيلٍ بِنَفْسِ فِيهِمَا، وَلَمْ يُنْقَلْ عَنْهُمَا شَيْءٌ فِي حَدِّ السَّرْقَةِ، فَأَلْحَقَهَا "الثمرتاشي" بهما عِنْدَهُمَا؛ لِتَوْفُّقِ كُلٍّ عَلَى الدَّعْوَى.

(١) "البحر": كتاب الكفالة ٦/٢٣٤.

(٢) المقالة [٢٥٤٦٥] قوله: ((لَا الْحَبْسَ لِلتَّهْمَةِ مَشْرُوعٌ)).

(٣) في "أ" و"م": ((بِالشَّتْمَةِ)).

لأنَّه حَقُّ آدميٍّ، والمراد بالجبِّير الملازمةُ لا الحبْسُ، (ولو أعطى) برضاهُ كفيلاً في قَوْدٍ، وقَذْفٍ، وسَرِقَةٍ (جَارٍ) اتفاقاً، "ابنُ كمالٍ".....

لم يُحبَسَ، ولكن يؤخَّذُ منه كفيلاً بنفسِهِ حتَّى يسألَ عن الشَّهودِ، فإن زُكُّوا عَزَّرَهُ القاضي أسواطاً، وإن رأى أنَّ لا يضرُّهُ وأنَّ يحبسُهُ أَيْاماً عقوبةً فَعَلَ، وإنَّ كان المدَّعى عليه رجلاً له مروءةٌ وخطرٌ استحسنَتْ أنَّ لا أُحبَسَ ولا أُعزَّرَ إذا كان ذلك أوَّلَ ما فَعَلَ. اهـ.

[٢٥٤٥٧] (قوله: لأنَّه حَقُّ آدميٍّ) ظاهره أنَّ ما كان - أي: مِنَ التعزيرِ - مِنَ حَقُوقِهِ تعالى لا يَجُوزُ به التَّكفيلُ كالحَدِّ، "بحر" ^(١).

[٢٥٤٥٨] (قوله: والمرادُ بالجبِّيرِ) أي: على قولهما كما في "البحر" ^(١).

[٢٥٤٥٩] (قوله: الملازمةُ) أي: بأنَّ يَدُورَ معه الطَّالِبُ حيث دارَ كيلاً يَنْغِيبُ عنه، وإذا أَرَادَ دُخُولَ دارِهِ فإنَّ شاءَ المَطْلُوبُ أَدْخَلَهُ معه وإلَّا مَنَعَهُ الطَّالِبُ عنه، "نهر" ^(٢).

[٢٥٤٦٠] (قوله: جَارٍ) لأنَّه أَمَكْنُ تَرْتِيبُ مُوجِبِهِ عَلَيْهِ؛ لأنَّ تَسْلِيمَ النَّفْسِ فِيهَا وَاجِبٌ، فَيُطَالَبُ بِهِ الْكَفِيلُ فَيَتَحَقَّقُ الضَّمُّ، "هداية" ^(٣). قال في "الفتح" ^(٤): ((وَمُقْتَضَى هَذَا التَّعْلِيلِ صَحَّةُ الْكَفَالَةِ إِذَا سَمَحَ بِهَا فِي الْحُدُودِ الْخَالِصَةِ؛ لِأَنَّ تَسْلِيمَ النَّفْسِ وَاجِبٌ فِيهَا ^(٥)، لَكِنْ نَصٌّ فِي "الْفَوَائِدِ الْحَبَّازِيَّةِ" ^(٦) عَلَى أَنَّ ذَلِكَ فِي الْحُدُودِ الَّتِي لِلْعِبَادِ فِيهَا حَقٌّ كَحَدِّ الْقَذْفِ لَا غَيْرَ)) اهـ "نهر" ^(٧). وفي "البحر" ^(٨): ((قَدَّمْنَا أَنَّهُ لَا تَجُوزُ بِنَفْسٍ مِّنْ عَلَيْهِ فِي الْحُدُودِ الْخَالِصَةِ)).

(١) "البحر": كتاب الكفالة ٢٣٤/٦.

(٢) "النهر": كتاب الكفالة ق ٤١٥/ب.

(٣) "الهداية": كتاب الكفالة ٨٩/٣.

(٤) "الفتح": كتاب الكفالة ٢٩٦/٦ بتصرف.

(٥) عبارة "النهر": ((فيها)).

(٦) هي حواشٍ على "هداية المرغيناني"، لجلال الدين الحَبَّازِي (ت ٦٩١هـ)، وتقدمت ترجمتها ٣٧٤/١.

(٧) "النهر": كتاب الكفالة ٤١٩/ب.

(٨) "البحر": كتاب الكفالة ٢٥٠/٦.

وظاهرُ كلامهم أنَّها في حُقوقِهِ تعالى لا تَحُوزُ، "نهر"^(١). قلتُ: وسيجيءُ^(٢) أنَّها لا تَصِحُّ بنفسِ حَدٍّ وَقَوْدٍ فليكنِ التَّوفيقُ.

[٢٥٤٦١] (قوله: وظاهرُ كلامهم) أي: حيث اقتصرُوا^(٣) على هذه الثلاثة؛ وقد أسمعناك^(٤) التَّصريحَ به في "الفتح" عن "الخازني"، وذكره قبلَ ذلك أيضاً حيث قال^(٥): ((بخلافِ الحدودِ الخالصةِ حقاً لله تعالى كحدِّ الزَّنى والشُّربِ لا تَحُوزُ الكفالةُ وإنَّ طابَتْ نفسُ المُدعى عليه بإعطاءِ الكفيلِ بعدَ الشَّهادةِ أو قبلَها))، ثمَّ ذَكَرَ وجهَهُ.

[٢٥٤٦٢] (قوله: فليكنِ التَّوفيقُ) أي: فليكنَ ظاهرُ كلامهم المذكورِ توفيقاً بينَ ما ذَكَرَهُ "المصنَّف"^(٦): ((من أَنَّهُ لو أُعْطِيَ كفيلاً برضاهُ جاز)) وبينَ ما سيجيءُ^(٧)، بحملِ ما هنا على حُقوقِ العبادِ وما سيجيءُ^(٧) على حُقوقِهِ تعالى، لكنَّ فيه: أنَّ الكفالةَ بنفسِ الحدِّ لا تَصِحُّ مُطلقاً؛ لأنَّ حدَّ السرقةِ وإنَّ كان مُحقَّقاً بحُقوقِ العبادِ كما مرَّ^(٨) لكنَّ إذا قال: قَبِضْتُ السرقةَ، وقال: أريدُ إقامةَ الحدِّ لم يُوَحِّدْ له كفيلاً كما قدَّمناه^(٨)، فالأظهرُ أنَّ يكونَ مرادهُ أنَّ ما سيجيءُ مِنْ قولهم: ((لا تَصِحُّ بنفسِ حَدٍّ وَقَوْدٍ)) هو التَّوفيقُ بينَهُ وبينَ ما هنا مِنْ أَنَّهُ لو أُعْطِيَ كفيلاً برضاهُ

(قوله: فالأظهرُ أنَّ يكونَ مرادهُ أنَّ ما سيجيءُ مِنْ قولهم: لا تَصِحُّ إلخ) نَقَلَ هذا التَّوفيقَ "السَّندي" عن عمِّه "عمَّادٍ حَسينِ الأنصاري"، وقال: ((لا حاجةَ للتَّوفيقِ؛ لأنَّ الموضوعَ مُختلفٌ)).

(١) "النهر": كتاب الكفالة ق ٤١٥/ب.

(٢) ص ١٠٠ - "در".

(٣) في "م": ((قتصرُوا)) بلا همزة، وهو خطأ.

(٤) في المقالة السابقة.

(٥) "الفتح": كتاب الكفالة ٦/٢٩٥.

(٦) ص ٦٦ - "در".

(٧) ص ١٠٥ - "در".

(٨) المقالة [٢٥٤٥٥] قوله: ((وسرقة)).

(ولا حبسَ فيهما حتى يشهدَ شاهدانِ مستورانِ أو) واحدٌ (عدْلٌ) يعرفهُ القاضي بالعدالة؛ لأنَّ الحبسَ للتهمةِ مشرُوعٌ، وكذا تعزيرُ المتَّهمِ، "بحر". (فوائد) لا يلزمُ أحداً إحضارُ أحدٍ، فلا يلزمُ الزَّوجُ إحضارَ زوجتهِ لسماعِ دعوى عليها.

جاز، فإنَّ ذاك في أنَّها لا تصحُّ بنفسِ الحدِّ والقوِّد، وما هنا من الجوازِ في دعوى الحدِّ والقوِّد كما أشار إليه أولاً حيث قال: ((في دعوى حدٍّ وقوِّد)).

[٢٥٤٦٣] (قوله: ولا حبسَ فيهما) أي: في الحدودِ والقصاصِ.

[٢٥٤٦٤] (قوله: يعرفهُ القاضي بالعدالة) [١/١٦٨٣/٢] أي: فلا يحتاجُ إلى تعديله.

[٢٥٤٦٥] (قوله: لأنَّ الحبسَ للتهمةِ مشرُوعٌ) أي: والتهمةُ تثبتُ بأحدِ شطريِّ الشهادةِ

العدْلِ أو العدالة، "فتح" (١). وهذا جوابٌ عما قد يقال: الحبسُ أقوى من الكفالة، فإذا لم يؤخذْ بالأدنى فكيف يؤخذُ بالأقوى؟ فأجاب بأنَّ الحبسَ للتهمةِ لا للحدِّ، أفاده "السَّاحَنِيُّ".

مطلبٌ في تعزيرِ المتَّهمِ

[٢٥٤٦٦] (قوله: وكذا تعزيرُ المتَّهمِ) أي: في غيرِ هذه المسألة، وإلا فهي أيضاً من تعزيرِ

المتَّهمِ، فإنَّ الحبسَ من أنواعِ التعزيرِ، وعبارةُ "البحر" (٢): ((وكلامُهُم هنا يدلُّ ظاهراً على أنَّ القاضي يعزِّرُ المتَّهمَ وإنَّ لم يثبتْ عليه، وقد كتبتُ فيها رسالةً (٣)، وحاصلُها: أنَّ ما كان من التعزيرِ من حقوقِهِ تعالى لا يتوقَّفُ على الدَّعوى ولا على الثُّبوتِ، بل إذا أخبرَ القاضي عدْلٌ بذلك عزَّره؛ لتصريحِهِم هنا بحبسِ المتَّهمِ بشهادةِ مستورين أو عدْلٍ، والحبسُ تعزيرٌ)) اهـ ملخصاً.

وحاصلُهُ: جوازُ تعزيرِ المتَّهمِ فيما هو من حقوقِهِ تعالى، ويدلُّ عليه ما قدَّمناه (٤) آنفاً عن

"الكافي": ((من جوازِ حبْسِهِ إذا أقيمتِ البينةُ على السرقةِ حتى تزكَّى الشهودُ، بخلافِ ما إذا أقيمتْ على شتمِهِ فإنه يُكْفَلُ، ولا يُحبَسُ إلا بعدَ تزكيتِهِم، فحينئذٍ يضربُ أو يُحبَسُ)).

(١) "الفتح": كتاب الكفالة ٢٩٦/٦.

(٢) "البحر": كتاب الكفالة ٢٣٤/٦.

(٣) هي الرسالة الثالثة عشرة في إقامة القاضي التعزير على المفسد ص ١٢٦- (ضمن مجموع "رسائل ابن نجيم").

(٤) المقولة [٢٥٤٥٥] قوله: ((وسرقة)) وما بعدها.

إِلَّا فِي أَرْبَعٍ:

(تنبيه)

أوردَ في "النهر"^(١): ((أَنَّ تَعْزِيرَ الْقَاضِي الْمَتَّهِمِ وَإِنْ لَمْ يَثْبُتْ عَلَيْهِ مَبْنِيٌّ عَلَى خِلَافِ الْمُفْتَى بِهِ عِنْدَ الْمُتَأَخِّرِينَ مِنْ أَنَّهُ لَيْسَ لِلْقَاضِي أَنْ يَقْضِيَ بِعِلْمِهِ))، ثُمَّ أَجَابَ^(٢): ((بَأَنَّ الْخِلَافَ فِيمَا كَانَ مِنْ حُقُوقِ الْعِبَادِ، أَمَّا فِي حُقُوقِهِ تَعَالَى فَيَقْضِي فِيهَا بِعِلْمِهِ اتِّفَاقًا))، ثُمَّ قَالَ^(٣): ((فَمَا يُكْتَبُ مِنَ الْمَحَاضِرِ فِي حَقِّ إِنْسَانٍ فَإِنَّ لِلْحَاكِمِ أَنْ يَعْتَمِدَهُ مِنَ الْعُدُولِ وَيَعْمَلَ بِمُوجِبِهِ فِي حُقُوقِهِ تَعَالَى)) اهـ مُلَخَّصًا.

قلتُ: وهذا خاصٌّ بالتَّعْزِيرِ؛ لِأَنَّ قِضَاءَهُ بِعِلْمِهِ فِي الْحُدُودِ الْخَالِصَةِ لَا يَصِحُّ اتِّفَاقًا كَمَا صَرَّحَ بِهِ فِي "الْفَتْحِ"^(٤) قِبَلِ بَابِ التَّحْكِيمِ، وَكَذَا فِي "شرح الوهبائية" لـ "الشُّرْبُلَالِيِّ"، وَجَزَمَ بِهِ فِي "شرح أدب القضاء"^(٥) بِلا حكايةٍ خِلافٍ، فَمَا أَجَابَ بِهِ فِي "النهر"^(٦) غَيْرُ صَحِيحٍ، وَسَيَأْتِي^(٧) تَمَامُ الْكَلَامِ عَلَى ذَلِكَ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى فِي بَابِ كِتَابِ الْقَاضِي إِلَى الْقَاضِي.

مطلبٌ: لا يلزمُ أحدًا إحضارُ أحدٍ إلَّا في أربعٍ

[٢٥٤٦٧] (قوله: إلَّا في أربعٍ) استثناءٌ مِنْ قوله: ((لا يلزمُ أحدًا)).

(قوله: فَمَا أَجَابَ بِهِ فِي "النهر" غَيْرُ صَحِيحٍ إلخ) قَدْ يُقَالُ: مرادُ "النهر" بِحُقُوقِهِ تَعَالَى وَحُقُوقِ عِبَادِهِ خُصُوصُ حُقُوقِ التَّعْزِيرِ بِدَلَالَةِ الْمَقَامِ، لَا مُطْلَقُ حُقُوقٍ حَتَّى يَرُدَّ عَلَيْهِ أَنَّهُ لَا يَقْضِي بِعِلْمِهِ فِي الْحُدُودِ الْخَالِصَةِ. وَقَدْ يُدْفَعُ إِبْرَادُ "النهر" مِنْ أَصْلِهِ بِأَنَّهُ لَيْسَ مَا هُنَا قِضَاءٌ بِالْعِلْمِ، بَلْ بِالْإِجْبَارِ مِنَ الْعَدْلِ أَوْ الْمُسْتَوْرِينَ، وَقَدْ اكْتَفَوْا بِهِ هُنَا كَمَا فِي كَثِيرٍ مِنَ الْمَسَائِلِ.

(١) "النهر": كتاب الكفالة ق ٤١٥ ب - ٤١٦ أ.

(٢) "النهر": كتاب الكفالة ق ٤١٦ أ.

(٣) "الفتح": كتاب أدب القاضي - باب كتاب القاضي إلى القاضي ٤٠٦/٦.

(٤) "شرح أدب القاضي" للصدر الشهيد: الباب التاسع والثلاثون في القاضي يقضي بعلمه ١٠١/٣.

(٥) "النهر": كتاب الكفالة ق ٤١٥ ب وما بعدها.

(٦) المقولة [٢٦٥٧٤] قوله: ((وفيها)).

كفيل نفس، وسَجَّانٍ قاضٍ، والأب في صورتين في "الأشباه"^(١).....

[٢٥٤٦٨] (قوله: كفيل نفس) أي: عند القدرة، "أشباه"^(١).

[٢٥٤٦٩] (قوله: وسَجَّانٍ قاضٍ) أي: إذا خلَّى رجلاً من المسجونين حبسه القاضي

بدين عليه فليرب الدين أن يطلب السجَّان بإحضاره كما في "الفتية"^(٢)، "أشباه"^(٣). وقيد بإحضاره إذ لا يلزمه الدين لعدم موحيه.

[٢٥٤٧٠] (قوله: والأب في صورتين) الأولى: الأب إذا أمر أجنبيًا بضمان ابنه فطلبه

الضامن منه.

الثانية: ادعى الأب مهر ابنته من الزوج، فادعى الزوج أنه دخل بها وطلب من الأب إحضارها، فإن كانت^(٤) تخرج في حوائجها أمر القاضي الأب بإحضارها، وكذا لو ادعى الزوج عليها شيئاً آخر، وإلا أرسل إليها أميناً من أمثاله، ذكره "الولوالجي"^(٥)، "أشباه"^(٦).

٢٦١/٤

(قوله: وإلا أرسل إليها أميناً إلخ) يسألها عن دعوى الزوج، فإن أقرت شهيد الشاهدان بذلك وأحبرها على التوجه إلى الزوج أو بالحق، قال في "الهندية" من الفصل الحادي عشر في العدوى: ((إن كان القاضي مأذوناً بالاستخلاف يبعث خليفته إليهما - يعني المريض والمحدرة - فيقضي بينهما وبين خصوصيهما، وإن لم يكن مأذوناً به يبعث أميناً من أمثاله بشاهدين عدلين حتى يُخبر القاضي بما جرى.

(١) "الأشباه والنظائر": الفن الثاني: الفوائد - كتاب الكفالة ص ٢٥٤.

(٢) "الفتية": كتاب أدب القاضي - باب الحبس والإفلاس والإشهاد إلخ في ١٣٢/ب، نقلاً عن القاضي عبد الجبار، وقد ذكر ابن عابدين رحمه الله في "حاشيته على الأشباه" ص ٢٥٤ - عن جوي زاده أن هذه المسألة غير موجودة في "الفتية"، وسكت عنها، وأشار الحموي في "غمر عيون البصائر" ٢/٢٩٩ إلى أن المسألة موجودة فيها في الكتاب والباب المذكورين.

(٣) "الأشباه والنظائر": الفن الثاني: الفوائد - كتاب الكفالة ص ٢٥٤.

(٤) ((كانت)) ليست في "الأصل".

(٥) "الولوالجية": كتاب القضاء - الفصل الرابع فيما تسمع فيه الدعوى وفيما لا تسمع إلخ ٧٣/٤ بتصرف.

(٦) "الأشباه والنظائر": الفن الثاني: الفوائد - كتاب الكفالة ص ٢٥٥.

وفي "حاشيتها لابن المصنف"^(١) معزياً لأحكام "العمادية": ((الأب يُطالب بإحضار طفله إذا تغيب))،

قلت: والمقصود من طلب إحضارها أن يسألها القاضي عن دعوى الزوج أنه دخل بها، فإن أقرت بذلك أجبرها القاضي على المصير إلى بيت الزوج، وإن أنكرت فالقول قولها، كذا في "اللولولية"^(٢)، وهكذا فهمته قبل أن أراه، والله تعالى الحمد، فافهم. وهذا مبني على القول بأنها بعد الدخول بها برضاها ليس لها منع نفسها لقبض المهر. (قوله: الأب يُطالب بإحضار طفله إذا تغيب) أي: إذا كان مأذوناً في التجارة وطلب من رجل أن يضمه، فافهم.

وهذه غير الأولى من الصورتين السابقتين، وقدّمناه^(٣) عن "الكافي". وكذا قال في "جامع الفصولين"^(٤) من الأحكامات: ((لو تغيب الغلام وأخذ^(٥) الكفيل أبا الغلام وقال: أنت أمرتني أن أضمنه فحلصني، فإن الأب يؤخذ^(٥) به حتى يحضر ابنه؛ إذ الصبي في يده وتديره، وكذا

ثم إذا ذهبوا إلى المدعى عليه فالأمين يُخبره بما ادّعى عليه، فإن أقر بذلك أشهد شاهدان بما أقر به وأمره أن يوكل وكيلاً يحضر معه مجلس القاضي ليشهدا عليه بما أقر به بحضوره وكيله فيقضى عليه بحضوره، وإن أنكر والمدعي له بينة يأمر المدعى عليه أن يوكل كذلك، وإن لم يكن له بينة فالأمين يحلف المدعى عليه، فإن حلف أخبر الشاهدان القاضي بذلك حتى تمتع من الدعوى، وإن نكل عن اليمين أمره أن يوكل كذلك، ويشهدان بنكوله، ويقضى عليه بالنكول)) اهـ.

(قوله: وهذا مبني على القول بأنها بعد الدخول بها برضاها ليس لها منع نفسها إلخ) أو على القول بأنه لا تسمع دعوى المهر بعد الدخول بها.

(١) السماة: "زواهر الجواهر" للشيخ صالح التمرتاشي (ت ١٠٥٥هـ)، وتقدمت ترجمتها ٦١٩/٣.

(٢) "اللولولية": كتاب القضاء - الفصل الرابع فيما تسمع فيه الدعوى وفيما لا تسمع إلخ ٧٣/٤.

(٣) المقلوبة [٢٥٣٤٣] قوله: ((فلا نفذ من صبي ولا مجنون)).

(٤) "جامع الفصولين": الفصل الرابع والثلاثون في الأحكامات - أحكام الصبيان ١٥٠/٢.

(٥) في النسخ جميعها: ((وأخذ)) بالمد (بواخذ)، وما أثبتناه من عبارة "جامع الفصولين".

وفيهما: ((القاضي يأخذُ كفيلاً بإحضارِ المدعى - وكذا المدعى عليه - إلّا في أربع: مكاتبه، ومأذونه، ووصي،))

قالوا: إنّ الصبيّ المأذون لو أعطى كفيلاً بنفسه ثمّ تغيب الصبيّ فإنّ الأب يطالب بإحضاره، بخلاف أجنبيّ قال: أكفلُ بنفسِ زيدٍ وكفلُ، فغاب زيدٌ فالأمرُ بالكفالة لا يطالبُ بإحضارِ [١٦٨/٣ ب] زيدٍ؛ لأنّه لم يكن يديره وتديره)) اهـ.

(٢٥٤٧٢) (قوله: وفيها) أي: في "الأشياء" (١).

(٢٥٤٧٣) (قوله: بإحضارِ المدعى) بالفتح، أي: المدعى به إذا كان منقولاً.

(٢٥٤٧٤) (قوله: وكذا المدعى عليه) أي: يأخذُ من المدعى عليه كفيلاً بنفسه إذا برهن المدعى ولم تركّ شهوده، أو أقام واحداً، أو ادّعى وقال: شهودي حضور، ولا يجبر على إعطاء كفيلٍ بالمال، "أشياء" (١).

(٢٥٤٧٥) (قوله: إلّا في أربع إلخ) عبارة "الأشياء" (١): ((ويستثنى من طلب كفيلٍ بنفسه: إذا كان المدعى عليه وصياً أو وكيلًا ولم يثبت المدعى الوصاية والوكالة، وهما في "أدب القضاء" (٢) لـ "الخصاف". وما إذا ادّعى بدلَ الكتابة على مكاتبه أو ديناً غيرها. وما إذا ادّعى العبدُ المأذونُ الغيرُ المديونَ على مولاه ديناً، بخلاف ما إذا ادّعى المكاتبُ على مولاه أو المأذونُ المديونُ فإنّه يكفلُ، كذا في "كافي الحاكم") اهـ.

(قوله: وما إذا ادّعى بدلَ الكتابة على مكاتبه إلخ) يُنظرُ الوجهُ في هذه المسائل المذكورة في "الكافي" ووجه الفرق بينهما، فإنّ ما في "شرح الأشياء" غيرُ محرّرٍ، ولم يُذكر في "حواشيها" شيءٌ، وليس في عبارة "الأشياء" هذه ما يُفيد أنّ المأذونَ مدّعى عليه كما يُفهمه كلامُ "الشارح"، فإرادته ما إذا كان مدّعياً والسيد مدّعى عليه على التفصيل المذكور.

(١) "الأشياء والنظار": الفن الثاني: الفوائد - كتاب الكفالة ص ٢٥٦.

(٢) انظر "شرح أدب القاضي" للصدر الشهيد: الباب التاسع والعشرون - طب الوصي أو الوكيل الكفالة إلى حين إثباته وصيته أو وكالته ٢٩٣/٢ بتصرف.

ووكيل إذا لم يُثبِت المدعى الوصاية والوكالة)). وفي "شرح المجمع" عن "محمد": ((إذا كان المدعى عليه معروفاً لا يُجبر على الكفيل، ولو كان غريباً لا يُجبر اتفاقاً، بل حقه في اليمين فقط)) اهـ.

بإبراء الأصيل يبرأ الكفيل، إلا كفيل النفس، إلا إذا قال: لا حق لي قبله ولا لموكلتي، ولا ليتيم أنا وصيه، ولا لوقف أنا متوليه فحينئذ يبرأ الكفيل، "أشباه"^(١).

(٢٥٤٧٦) (قوله: إذا لم يُثبِت المدعى الوصاية والوكالة) لأن المدعى عليه إذا أنكر كونه وصياً أو وكيلاً لم يكن خصماً عن الميت أو الغائب، بل هو أجنبي، فإذا قال المدعى: عندي بينة على كونه وصياً أو وكيلاً لم يؤخذ له كفيل من المدعى عليه بنفسه؛ لأن الوصاية أو الوكالة ليست حقاً على المدعى عليه، أما لو أثبت ذلك وأراد أن يُثبِت ديناً له على الميت أو الموكل فقد صار المدعى عليه خصماً، فإذا قال للقاضي: لي بينة حاضرة في المضر فخذ لي كفيلاً بنفسه إلى ثلاثة أيام مثلاً فإنه يُجيبه، هذا ما ظهر لي في تقرير هذا المحلل.

(٢٥٤٧٧) (قوله: لا يُجبر على الكفيل) وفي ظاهر الرواية يُجبر كما أنه يُجبر على إعطاء الكفيل وإن كان المال حقيراً، "ط"^(٢) عن "حاشية أبي السعود".

(٢٥٤٧٨) (قوله: إلا كفيل النفس) فإن الطالب إذا أقر أنه لا حق له قبل المكفول به فإن "أبا حنيفة" قال: له أن يأخذ الكفيل به، ألا ترى أنه يكون وصياً يُثبِت عليه أو وكيلاً في خصومة، "كافي".

(قوله: لأن المدعى عليه إذا أنكر كونه إلخ) يعني: أن المدعى عليه ادعى عليه المدعى أنه وصي أو وكيل، ولو ادعى المدعى الوصاية لنفسه أو الوكالة كان الحكم كذلك كما في "السندي" عن "شرح أدب القاضي".

(١) "الأشياء والنظائر": الفن الثاني: الفوائد - كتاب الكفالة ص ٢٥٥.

(٢) "ط": كتاب الكفالة ٣/ ١٥٠.

(و) أمّا (كفالة المال)

مطلب^(١) في (كفالة المال)

(٢٥٤٧٩١) (قوله: وأمّا كفالة المال إلخ) معطوف على قوله: ((وكفالة النفس))، قال في "شرح المنتقى"^(٢): ((وزاد بعضهم الكفالة بتسليم المال، ويمكن دُحوْلُهُ في المال فلا يحتاج إلى جعله قسمًا ثالثًا، فتأمل)) اهـ. وهو ظاهر ما في "البحر"^(٣) عن "التارخانية"^(٤): ((له مالٌ على رجلٍ، فقال رجلٌ للطالب: ضمنت لك ما على فلانٍ أقبضه وأدفعه إليك، قال: ليس هذا على ضمانٍ المالِ أنْ يدفعه من عنده إنما هو على أنْ يتقاضاه ويدفعه إليه، وعسى هذا معاني كلام الناس. ولو غصبَ من مال رجلٍ ألفاً فقاتلته المَغْصُوبُ منه وأرادَ أخذها منه، فقال رجلٌ: لا تقاتله فأنّا ضامنٌ لها أخذها وأدفعها إليك لزمه ذلك، ولو كان الغاصبُ استهلك الألفَ وصارت ديناً كان هذا الضمانُ باطلاً، وكان عليه ضمانُ التقاضي)) اهـ. فهذه الألفاظ لا تكون كفالةً بنفسِ المال، بل بتقاضيه، وهذا إذا لم يذكره مُعلِّقاً، ففي "جامع الفصولين"^(٥): ((قال: دَيْنُكَ الذي على فلانٍ أنا أدفعُهُ إليك، أنا أسلمُهُ، أنا أقبضُهُ لا يكونُ كَفِيلًا ما لم يتكلّمَ بلفظةٍ تدلُّ على الالتزام))، ثم قال^(٤): ((لو أتى بهذه الألفاظِ مُنْجَرًّا لا يصيرُ كَفِيلًا، ولو مُعلِّقاً كقولِهِ: لولم يؤدِّ فأنّا أودِي، فأنّا أدفعُ يصيرُ كَفِيلًا)) اهـ.

(قوله: وهذا إذا لم يذكره مُعلِّقاً إلخ) لا معنى لهذا التقييد، فإنه فيما تقدّم لا فرق بين تجيزٍ وتعليقٍ لوجود ما يدلُّ على الالتزام، وأيضاً عبارة "الفصولين" فيها كفالة مال، والأنسب أن يقول: ((هذا إذا كان فيها التزام، بخلاف ما إذا لم يوجد فإنه يُفَصَّلُ بين المُعلِّق وغيره))، ثم يستدلُّ بعبارة "الفصولين"، تأمل.

(١) ((ب)) ليست في "ب" و"م".

(٢) "الدر المنتقى": كتاب الكفالة ١٢٤/٢ (هامش "جمع الأنهر").

(٣) "البحر": كتاب الكفالة ٢٣٦/٦ - ٢٣٧.

(٤) "التارخانية": كتاب الكفالة - الفصل الثاني في الألفاظ التي تقع في الكفالة ٤/٢٠٠ أ، معزياً إلى "نوادير ابن

سماعة" عن محمد.

(٥) "جامع الفصولين": الفصل الثلاثون في التصرفات الفاسدة وأحكامها إلخ - ألفاظ الكفالة ٥٤/٢.

ف (تَصِحُّ بِهِ

مطلب: كفالة المال قسمان كفالة بنفس المال وكفالة بتقاضيه

وقد عُلِمَ بما مرَّ^(١) أنَّ كفالة المال قسمان: كفالة بنفس المال وكفالة بتقاضيه، ومن الثاني الكفالة بتسليم عين كأمانةٍ ونحوها كما يأتي^(٢)، ومنه أيضاً قوله: ((ولو غصبَ من مال رجلٍ إلخ))؛ لأنَّ دراهم الغصبِ تتعينُ فيجبُ ردُّ عينها لو قائمة، بخلاف ما إذا هلكَتْ؛ لأنَّها تصيرُ ديناً فلا تصحُّ الكفالة بدفعها، بل يصيرُ كفيلاً بالتقاضي، وبه ظهرَ الفرقُ بينَ المسألتين.

[٢٥٤٨٠] (قوله: فتصحُّ به) أطلقه فشمل ما إذا كان الأصيل مُطالباً به الآن أو لا، فتصحُّ عن العبد المحجور بما يلزمه بعد العتق باستهلاكه أو قرض، ويُطالب الكفيل الآن كما لو فلس القاضي المديون وله كفيل فإنَّ المطالبة تتأخَّرُ عن الأصيل دون الكفيل كما في "التارخانية"^(٣)، "نهر"^(٤). وشمل كفالة المال عن الأصيل وعن الكفيل بأنَّ كفَلَ عن الكفيل كفيل آخر. بما على الأصيل [١/١٦٩/٣] كما قدَّمناه^(٥) أوَّلَ البابِ عن "الكافي"، وقال في "البحر"^(٦): ((أطلقَ صحتها فشمل كلَّ من عليه المالُ حرّاً كان أو عبداً، مأذوناً أو محجوراً، صبيّاً أو بالغاً، رجلاً أو امرأة، مُسليماً كان أو ذميّاً، وكلَّ من له المالُ، يكن في "البرازية"^(٧): الكفالة للصبيِّ التاجرِ صحيحة؛ لأنَّه تبرَّعَ عليه، وللصبيِّ العاقل غيرِ التاجرِ روايتان)) اهـ. وذكرَ "الحاكم الشهيد" أنَّ الجوازَ قولُ "أبي يوسف"، وفي "التارخانية"^(٨): ((إذا كفَلَ رجلٌ لصبيٍّ إنَّ كان الصبيُّ تاجراً صحَّ بخطابه وقبوله، وإنَّ كان محجوراً فإنَّ قبلَ عنه وليُّه أو أجنبيُّ وأجازَ وليُّه جاز، وإنَّ لم يُخاطبْ وليُّ ولا أجنبيُّ بل الصبيُّ فقط فعلى الخلاف)) اهـ.

٢٦٢/٤

(١) في هذه المقالة.

(٢) المقالة [٢٥٥٥٢] قوله: ((ورجَّحه "الكمال")).

(٣) "التارخانية": كتاب الكفالة - الفصل الثالث في بيان من تصح الكفالة منه ومن لا تصح ٤/ق ٢٠٠/ب.

(٤) "النهر": كتاب الكفالة ١٦٩/٤/أ.

(٥) المقالة [٢٥٣٢٧] قوله: ((ومن عرفها بالضمِّ في الدين إلخ)).

(٦) "البحر": كتاب الكفالة ٢٣٥/٦.

(٧) "البرازية": كتاب الكفالة - الفصل الأول في المقدمة ٩/٦ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٨) "التارخانية": كتاب الكفالة - الفصل الثالث في بيان من تصح الكفالة منه ومن لا تصح ٤/ق ٢٠١/أ بتصرف.

ولو) المال (مجهولاً إذا كان) ذلك المال (دينياً صحيحاً)، إلا إذا كان الدين مشتركاً

قلت: والظاهر أن مبنى الخلاف على أنه: هل يُشترط في الكفالة القبول في المجلس ولو من فضولي؟ وعند "أبي يوسف" لا يُشترط، وسيأتي^(١) اختلاف التصحيح، وقد صرحوا بأنه يصح ضمان الولي مهر الصغيرة، وسيأتي^(٢) تمام الكلام عليه.

(قوله: [٢٥٤٨١]) ولو المال مجهولاً لا بتناثها على التوسع، وقد أجمعوا على صحتها بالدرك^(٣) مع أنه لا يعلم كم يستحق من المبيع، "نهر"^(٤). وسيأتي في "المتن"^(٥) أربعة أمثلة للمجهول، وفي "الفتح"^(٦): ((وما نُوقِضَ به - من أنه لو قال: كَفَلْتُ لك بعض ما لك على فلان فإنه لا يصح - ممنوع، بل يصح عندنا والخيار للضامن، ويلزمه أن يبين أي مقدار شاء)). اهـ. وفي "البحر"^(٧) عن "البدائع"^(٨): ((لو كفل بنفس رجل أو بما عليه وهو ألف جاز وعليه أحدهما أيهما شاء)). اهـ. ومثله في "الكافي".

(قوله: [٢٥٤٨٢]) إذا كان ذلك المال ديناً صحيحاً يأتي تفسيره^(٩)، ودخل فيه المسلم فيه فتصح الكفالة به كما عزاه "الحانوتي" إلى "شرح التكملة"^(١٠)، ويُشترط أيضاً أن يكون الدين قائماً كما قدمه^(١١) أول الباب.

(١) ص ١١١ - وما بعدها "در".

(٢) المقولة [٢٥٥٦٢] قوله: ((ولو فضولي)).

(٣) يأتي بيانه من ابن عابدين في المقولة [٢٥٥٠١] قوله: ((وهذا يُسمَّى ضمان الدرك))، والمقولة [٢٥٧٠٦] قوله: ((كفاله بالدرک)).

(٤) "النهر": كتاب الكفالة ق ٤١٦/أ.

(٥) ص ٨٢ - "در".

(٦) "الفتح": كتاب الكفالة ٢٩٨/٦.

(٧) "البحر": كتاب الكفالة ٢٣٥/٦.

(٨) "البدائع": كتاب الكفالة - فصل: وأما شرائط الكفالة ٩/٦.

(٩) ص ٧٨ - "در".

(١٠) "التكملة وشرحها": لحسام الدين المكي الرازي (ت ٥٩٨هـ)، وتقدمت ترجمتها ٢٢٠/٣.

(١١) ص ١٦ - "در".

كما سيحيء؛ لأنَّ قِسْمَةَ الدَّيْنِ قَبْلَ قَبْضِهِ لَا يَحْجُوزُ^(١)، "ظهيرية"^(٢)، وإلاَّ في مسألة النَّفَقَةِ المقرَّرة فَتَصِحُّ مع أنَّهَا تَسْقُطُ بِمَوْتٍ وَطَلَاقٍ، "أشباه"^(٣). وكأنَّهم أخذوا فيها بالاستحسانِ لِلْحَاجَةِ لَا بِالْقِيَاسِ،

[٢٥٤٨٣] (قوله: كما سيحيء) في قوله^(٤): ((ولا لشريك بدين مشترك))، فهذا دين صحيح لا تصحُّ به الكفالة.

[٢٥٤٨٤] (قوله: لأنَّ قِسْمَةَ الدَّيْنِ قَبْلَ قَبْضِهِ لَا يَحْجُوزُ) لَّأنَّه إمَّا أَنْ يَكْفُلَ نَصْفًا مُقَدَّرًا فَيَكُونُ قِسْمَةُ الدَّيْنِ قَبْلَ قَبْضِهِ، أَوْ نَصْفًا شَائِعًا فَيَصِيرُ كِفَالًا لِنَفْسِهِ؛ لَّأنَّ له أَنْ يَأْخُذَ مِنَ الْمَقْبُوضِ نَصْفَهُ كَمَا فِي "النَّهْرِ"^(٥) عَنْ "المحيط".

[٢٥٤٨٥] (قوله: وإلاَّ في مسألة النَّفَقَةِ المقرَّرة) ما قَبْلَ هَذَا الِاسْتِثْنَاءِ وما بَعْدَهُ اسْتِثْنَاءٌ مِنْ صَرِيحٍ قَوْلِهِ: ((إِذَا كَانَ دَيْنًا صَحِيحًا))، وَهَذَا اسْتِثْنَاءٌ مِنْ مَفْهُومِهِ، فَإِنَّهُ يُفْهَمُ مِنْهُ أَنَّهُ إِذَا كَانَ الدَّيْنُ غَيْرَ صَحِيحٍ لَا تَصِحُّ الْكِفَالَةُ فَقَالَ^(٦): ((إِلَّا فِي مَسْأَلَةِ النَّفَقَةِ المقرَّرةِ فَإِنَّهَا تَصِحُّ الْكِفَالَةُ بِهَا مَعَ أَنَّهَا دَيْنٌ غَيْرُ صَحِيحٍ؛ لِسُقُوطِهَا بِمَوْتٍ أَوْ طَلَاقٍ))، وَهَذَا إِذَا كَانَتْ غَيْرَ مُسْتَدَانَةٍ بِأَمْرِ الْقَاضِي، وَإِلَّا فَهِيَ دَيْنٌ صَحِيحٌ لَا يَسْقُطُ إِلَّا بِالْقَضَاءِ أَوْ الْإِبْرَاءِ. وَالْمَرَادُ بِالْمَقْرَّرَةِ مَا قُرِّرَ مِنْهَا بِالتَّرَاضِي أَوْ بِقَضَاءِ الْقَاضِي. وَتَصِحُّ الْكِفَالَةُ أَيْضًا بِالنَّفَقَةِ الْمُسْتَقْبَلَةِ كَمَا يَذْكُرُهُ "الْمُشَارِحُ" بَعْدَ أُسْطَرٍ^(٧) مَعَ أَنَّهَا لَمْ تَقَرَّرْ دَيْنًا أَصْلًا.

(١) فِي "د" وَ"و": ((لَا تَحْجُوزُ)).

(٢) الْمُرَادُ مِنْهَا "الْفَوَائِدُ الظَّاهِرَةُ" كَمَا فِي "الْفَتْح" ٣٣٠/٦ وَمَا بَعْدَهَا.

(٣) "الْأَشْبَاهُ وَالنِّظَائِرُ": الْفَنُ الثَّانِي: الْفَوَائِد - كِتَابُ الْكِفَالَةِ ص ٢٥٦ - بِتَصْرِفٍ.

(٤) ص ١١٩ - "دَرْ".

(٥) "النَّهْرُ": كِتَابُ الْكِفَالَةِ ق ٤١٦/٢.

(٦) انْظُرْ "الْأَشْبَاهُ وَالنِّظَائِرُ": الْفَنُ الثَّانِي: الْفَوَائِد - كِتَابُ الْكِفَالَةِ ص ٢٥٦ - بِتَصْرِفٍ.

(٧) ص ٨٣ - "دَرْ".

وإلا في بدل السّعاية عنده، "بزّازية"^(١). وكأنّه ألحقَ بِبَدَلِ الكُتَابَةِ وإلا فهو لا يسقط؛ لأنّه لا يقبل التعجيز، فيلغز: أي دين صحيح ولا تصحّ الكفالة به؟ وأي دين ضعيف وتصحّ به؟ (و) الدين الصّحيح (هو ما لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء)

وأما ما قدّمه^(٢) أوّل الباب: ((من أنّها لا تصحّ بالنّفقة قبل الحكم)) فمحمولٌ على الماضي؛ لأنّها تسقط بالمضيّ إلا إذا كانت مقرّرة بالتراضي أو بقضاء القاضي كما حرّرناه هناك^(٣).

[٢٥٤٨٦] قوله: وإلا في بدل السّعاية) أي: كما إذا اعتق بعضه وسعى في باقيه، وفي "كافي الحاكم": ((والمستسعى في بعض قيمته بعدما عتق بمنزلة المكاتب في قول "أبي حنيفة" لا تجوز كفالة أحدٍ عنه بالسّعاية لمولاه ولا بنفسه، وكذلك المعتق عند الموت إذا لم يخرج من الثلث فتلزمه السّعاية، وأما المعتق على جعلٍ فهو بمنزلة الحرّ، والكفالة للمولى بالجعل عنه وغيره جائزة)) اهـ.

[٢٥٤٨٧] قوله: فيلغز: أي دين صحيح (الخ) فيقال: هو بدل السّعاية، وكذا الدين المشترك كما علّمته. قال في "النهر"^(٤): ((فإن قلت: [ب/١٦٩٣/٣] دين الزّكاة كذلك ولا تصحّ الكفالة به قلت: إنما لم تصحّ لأنّه ليس ديناً حقيقةً من كلّ وجه)) اهـ.

قلت: وفي قوله كذلك نظراً؛ لأنّ الدين الصّحيح ما لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء، ودين الزّكاة يسقط بالموت وبهلاك المال، فلا يردّ السؤال من أصله. [٢٥٤٨٨] قوله: وأي دين ضعيف) هو دين النّفقة.

قوله: كما إذا اعتق بعضه وسعى في باقيه (الخ) في "السّندي" نقلاً عن "الرّحمتي": ((لا نسلم أنّ بدل السّعاية لا يسقط إلا بالقضاء أو الرضا، بل يسقط أيضاً بموت المستسعى، فهو دين ضعيف. انتهى، وهو عجيب، فتنه)) اهـ.

(١) "البزازية": كتاب الكفالة - الفصل الأول في المقدمة - نوع في ألفاظه ١٢/٦ يتصرف (هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) ص ١٦ - "در".

(٣) المقولة [٢٥٣٣٩] قوله: ((ونفقة زوجة)) الخ.

(٤) "النهر": كتاب الكفالة ق ٤١٦/أ.

ولو حُكماً بفعل يلزمه سقوط الدين، فيسقط دين المهر بمطاعونها لابن الزوج للإبراء الحكمي، "ابن كمال".

[٢٥٤٨٩] (قوله: ولو حُكماً أي: ولو كان الإبراء حُكماً، "ط" ^(١)).

[٢٥٤٩٠] (قوله: بفعل) الباء للسببية، "ط" ^(١).

[٢٥٤٩١] (قوله: فيسقط دين المهر الأولى: فدخل دين المهر الساقط بمطاعونها، "ط" ^(١)).

[٢٥٤٩٢] (قوله: للإبراء الحكمي) لأنَّ تعمدّها ذلك قبل الدخول يسقط مهرها فكأنّها أبرأته منه، لكن بقي أنّ المهر يسقط نصفه ^(٢) بالطلاق قبل الدخول مع أنّه لم يوجّد من الزوج إبراء أصلاً لا حقيقة ولا حُكماً؛ إذ لا يتصور كون الطلاق قبل الدخول إبراءً من نصف المهر؛ لأنّه بطلان سقط عنه لا عنها. وقد يجاب بأنّ المهر وجب بنفس العقد لكن مع احتمال سقوطه برّدها أو تقبيلها ابنه، أو تنصّفه بطلاقها قبل الدخول ويتأكّد لزوم تمامه بالوطء ونحوه، حتّى إنّه بعد تأكيده بالدخول لا يسقط وإن كانت الفرقة من قبل المرأة كالثمن إذا تأكّد قبض المبيع كما قدّمناه ^(٣) في باب المهر، وقد صرحوا هناك ^(٤) بصحة كفالة ولي الصغيرة بالمهر، وكذا كفالة وكيل الكبيرة، ولم يقيدوه بكونه بعد الدخول، ووجه ذلك - والله تعالى أعلم - أنّ احتمال سقوطه أو سقوط نصفه لا يضر؛ لأنّه بعد السقوط تظهر براءة الكفيل كما لا يضر احتمال سقوط ثمن المبيع باستحقاق المبيع أو برّده بخيار عيب،

(قوله: وقد يجاب بأنّ المهر وجب بنفس العقد إلخ) في هذا الجواب تأمل، وذلك أنّ الدين الضعيف كبذل الكتانية والسّعاية والدّية على العاقلة يقال فيه: إنّه وجب بسببه مع احتمال سقوطه بالموت أو التعجير، فيقتضي هذا أنّ احتمال سقوطه بما ذكر لا يضره ضعفاً مع أنّه ليس كذلك، فما قاله هنا لم يزد التعريف إلّا إشكالاً، وما يأتي له ليس حاسماً له.

(١) "ط": كتاب الكفالة ١٥١/٣.

(٢) في "م": ((يسقط منه نصفه)).

(٣) المقولة [١١٨٩١] قوله: ((ويتأكّد)).

(٤) المقولة [١٢١٧٠] قوله: ((صحّ ضمان الولي مهرها)).

(فلا تصحُّ ببدلِ الكتابة) لأنه يسقط^(١) بدونهما بالتعجيز،

أو شرط، أو رؤية؛ فإنَّ الكفيلَ به يبرأ من الكفالة مع أنَّ الثَّمنَ عند العقدِ كان ديناً صحيحاً يصدق عليه أنه لا يسقط إلاَّ بالأداء أو الإبراء، أي: لا يسقط إلاَّ بذلك ما لم يعرض له مسقط ناسخ لحكم العقد وهو لزوم الثَّمن؛ لأنَّه بأحدِ هذه الأشياءِ ظهر أنَّ العقدَ غيرُ ملزمٍ للثَّمنِ في حقِّ العاقدَيْن، فكذا عقدُ النِّكاحِ يلزمُ به تمامُ المهرِ بحيثُ لا يسقط إلاَّ بالأداء أو الإبراء ما لم يعرض له مسقطٌ لكلِّه أو نصفه؛ لأنَّه انعقدَ من أصله محتماً لسقوطه بذلك المسقط، فإذا عرَضَ ذلك المسقطُ تبَيَّنَ أنَّه لم يجبْ من أصله، بخلافِ سقوطه بالأداء أو الإبراء فإنه مقتصرٌ على الحال. وبهذا التقريرِ ظهرَ أنَّه لا حاجةَ إلى ما نقله عن "ابن كمال"، فاعتمدْ ذلك، ولله الحمد.

[٢٥٤٩٣] (قوله: فلا تصحُّ ببدلِ الكتابة) وكذا لا تصحُّ الكفالة بالديَّة كما في "الخلاصة"^(٢) و"البرازية"^(٣). وفي "الظهيرية"^(٤): ((واعلم أنَّ الكفالة ببدلِ الكتابة والديَّة لا تصحُّ)) اهـ. ونقلها في "التارخانية"^(٥) عن "الظهيرية" ولم ينقل فيه خلافاً، ونقلها صاحبُ النُّقول^(٦) عن صاحب^(٧) "الخلاصة"^(٨)، "رملي"^(٩). ولعلَّ وجهه أنَّ الديَّة ليست ديناً حقيقةً على العاقلة؛ لأنها إنما تحبُّ أولاً على القاتلِ ثمَّ على العاقلة بطريقِ التَّحمُّلِ والمعاونة. والظاهرُ أنَّها لو وجبتْ في مالِ القاتلِ كما

(قوله: والظاهرُ أنَّها لو وجبتْ في مالِ القاتلِ إلخ) يُنظرُ ما كتبناه على هذه المسألة في بابِ الرَّجوع في الهبة؛ فإنه مُفيدٌ.

(١) في "ط": ((لا يسقط))، وهو خطأ.

(٢) "الخلاصة": كتاب الدعوى - الفصل الثامن في دعوى الكفالة ق/٢٢٦ ب.

(٣) "البرازية": كتاب الدعوى - الفصل الثامن في دعوى الكفالة ٣٥٢/٥ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) "الظهيرية": كتاب الكفالة والحالة - الفصل الثاني في الكفالة بالشرط إلخ ق/٣٧٣ ب.

(٥) "التارخانية": كتاب الكفالة - الفصل الخامس في الكفالة بالمال ق/٤٠٤ ب.

(٦) لم نهند إليه، وذكره الرملي في "حاشيته على الفصولين" ٩٢/١، ٩٢/٢.

(٧) ((صاحب)) ليست في "ك" و"ب" و"م".

(٨) "الخلاصة": كتاب الدعوى - الفصل الثامن في دعوى الكفالة ق/٢٢٦ ب.

(٩) لم نعر عليها في "حاشيته على جامع الفصولين" ولا في "الفتاوى الخيرية"، ولعلها في "حاشيته على البحر".

ولو كَفَلَ وأَدَّى رَجَعَ بما أَدَّى، "بحر"^(١). يعني: لو كَفَلَ بأمره، وسيجيءُ قيدَ آخر،

لو كانت باعترافه تصحُّ الكفالة بها، فتأمل. وفي "كافي الحاكم": ((قال: إن قَتَلَكَ فُلَانٌ خطأً فأنا ضامنٌ لِدَيْتِكَ، فقتله فُلَانٌ خطأً فهو ضامنٌ لِدَيْتِهِ)).

[٢٥٤٩٤] (قوله: بالتعجيز) بدلٌ من قوله: ((بدونهما)). وحاصله: أن عقدَ الكتابة عقدٌ غيرُ لازمٍ من جانب العبد، فله أن يستقلَّ بإسقاطِ هذا الدَّينِ بأنَّ يُعَجِّزَ نفسه متى أرادَ فلم يكن دَيناً صحيحاً؛ لأنَّ العقدَ من أصله لم ينعقدْ مُلزِماً لبدلِ الكتابة؛ لأنَّه دَينٌ للسَّيِّدِ على عبده ولا يستحقُّ السَّيِّدُ على عبده دَيناً، ولذا ليس له حبسه به، فظهرَ الفرقُ بيْنَهُ وبينَ المهرِ والثَّمنِ، فتدبَّر.

[٢٥٤٩٥] (قوله: ولو كَفَلَ) أي: ضَمِنَ بدلَ الكتابة.

[٢٥٤٩٦] (قوله: يعني إلخ) هذا ذَكَرَهُ صاحبُ "النَّهر"^(٢).

[٢٥٤٩٧] (قوله: وسيجيءُ) أي: عندَ قوله^(٣): ((وبالعهدِ وبإخلاص)).

[٢٥٤٩٨] (قوله: قيدَ آخر) هو إذا حَسِبَ أَنَّهُ مُجَبَّرٌ على ذلك لضمائنه السَّابِقِ. [١٧٠/٣]

قلت: ويظهرُ من هذا أَنَّهُ يرجعُ على المولى؛ لأنَّه دَفَعَ له مالاً على ظنٍّ لزومه له، ثُمَّ تَبَيَّنَ عَدَمُهُ، وحينئذٍ فلا فائدةَ لقيْدِ الأوَّلِ إلَّا إذا كان المرادُ الرُّجوعُ على المكاتبِ، تأمَّل. ثُمَّ رأيتُ بعضَ المحشِّينَ ذَكَرَ نحوَ ما قلتهُ.

(قوله: فظهرَ الفرقُ بيْنَهُ وبينَ المهرِ والثَّمنِ) لكنَّ لم يظهرَ منه الفرقُ بينَ المهرِ وبينَ باقيِ الدَّيُونِ الضَّعِيفَةِ، كالِدَّيْنَةِ على العاقلة.

(قوله: ويظهرُ من هذا أَنَّهُ يرجعُ على المولى إلخ) ليس في ذِكْرِ القَيْدِ الثَّانِي ما يدلُّ على أنَّ الرُّجوعَ على المولى، ويظهرُ أَنَّهُ إذا أرادَ الرُّجوعَ على المكاتبِ لا بدَّ من تحقُّقِ القَيْدَيْنِ، وإذا أرادَ الرُّجوعَ على المولى يُشترطُ القَيْدُ الثَّانِي فقط.

(١) "البحر": كتاب الكفالة ٢٤٣/٦ بتصرف.

(٢) "النَّهر": كتاب الكفالة ق ٤١٦/أ.

(٣) ص ١٢ - "در".

(ب: كَفَلْتُ) مُتَعَلِّقٌ ب: تَصِيحٌ (عنه بألفٍ) مثالُ المعلوم، (و) مَثَلُ المجهولِ بأربعة أمثلةٍ
(ب: ما لَكَ عليه، وب: ما يُدْرِكُكَ في هذا البيع) وهذا يُسمَّى ضمانَ الدَّرَكِ

[٢٥٤٩٩] (قوله: ب: كَفَلْتُ إلخ) أشارَ إلى أَنَّ الكفالةَ بالمالِ لا تكونُ به ما لم يَدُلَّ عليه دليلٌ
وإلاَّ كانت كفالةَ نفسٍ، وإلى أَنَّ سائرَ ألفاظِ الكفالةِ المارةِ في كفالةِ النفسِ تكونُ كفالةَ مالٍ أيضاً
كما حرَّراهُ هناك^(١)، وإلى ما في "جامع الفصولين"^(٢): ((من أَنَّهُ لو قال: دَيْنُكَ الذي عَمِيَ فُلَانٍ أَنَا
أَدْفَعُهُ إِلَيْكَ، أَنَا أَسْلَمُهُ، أَنَا أَقْبِضُهُ لا يَصِيرُ كَفِيلًا ما لم يَتَكَلَّمْ بلفظةٍ تدلُّ على الالتزامِ بقوله:
كَفَلْتُ، ضَمِنْتُ، عَلَيَّ، إِلَيَّ))، وقَدَّمنا^(٣) عنه قريباً في: أَنَا أَدْفَعُهُ إلخ: ((لو أتى بهذه الألفاظِ مُنَحْزِراً
لا يَصِيرُ كَفِيلًا، ولو مُتَعَلِّقاً بقوله: لو لم يُوَدِّ فَاُنَا أُوَدِّي، فَاُنَا أَدْفَعُ يَصِيرُ كَفِيلًا)).

[٢٥٥٠٠] (قوله: ب: ما لَكَ عليه) قال في "البحر"^(٤): ((وسيأتي أَنَّهُ لا بدَّ من البرهانِ أَنَّهُ له
عليه كذا أو إقرارِ الكفيلِ، وإلاَّ فالقولُ له مع يمينه)) اهـ. وقَدَّمنا^(٥) عن "الفتح" صحَّةَ الكفاليةِ
ب: كَفَلْتُ بعضُ ما لَكَ عليه، ويُجَبِّرُ الكفيلُ على البيانِ.

[مطلب في ضمان الدَّرَكِ]

[٢٥٥٠١] (قوله: وهذا يُسمَّى ضمانَ الدَّرَكِ) بفتحتين وبسكونِ الرَّاءِ، وهو الرَّجوعُ بالثَّمنِ
عندَ استحقاقِ المبيعِ، ونَماهُ في "البحر"^(٦).

(قوله: وإلاَّ كانت كفالةَ نفسٍ) هذا مُسَلَّمٌ إذا دَلَّ الكلامُ عليها، وإلاَّ لا تَعْقِدُ أصلاً كما قَدَّمَهُ.

(١) المقالة [٢٥٣٦٥] قوله: ((وتعقِّدُ ب: ضَمِنْتُهُ إلخ)).

(٢) "جامع الفصولين": الفصلُ الثلاثون في التصرفاتِ الفاسدةِ وأحكامها إلخ - ألفاظُ الكفالة ٥٤/٢.

(٣) المقالة [٢٥٤٧٩] قوله: ((وَأَمَّا كفالةُ المالِ إلخ)).

(٤) "البحر": كتابُ الكفالة ٢٣٧/٦.

(٥) المقالة [٢٥٤٨١] قوله: ((ولو المالُ مَجْهُولاً)).

(٦) انظر "البحر": كتابُ الكفالة ٢٣٧/٦.

(وب: ما بايعت فلاناً فعلي)، وكذا قول الرجل لامرأة الغير: كَفَلْتُ لَكَ بِالنَّفَقَةِ أبدأً ما دامت الزَّوْجِيَّةُ، "حائِيَّة"، فليُحْفَظْ. (و: ما غَصَبَكَ فلانٌ فعلي) ((ما)) هنا شرطية، أي: إِنْ بايعته فعلي، لا: ما اشتريته؛

وشرطه ثبوت الثَّمَنِ على البائع بالقضاء كما سيذكره "المصنّف" آخرَ الباب^(١)، ويأتي بيانه^(٢). [٢٥٥٠٢] (قوله: وب: ما بايعت فلاناً فعلي) معطوفٌ على قوله: ((ب: كَفَلْتُ)) فهو مُتَعَلِّقٌ أيضاً ب: ((تَصَحُّحُ))، لا على قوله: ((بِالْفِ))؛ إذ لا يناسبه جَعْلُ ((ما)) شرطيةً جوابها قوله: ((فعلي)). [٢٥٥٠٣] (قوله: وكذا قول الرجل إلخ) في "الحائِيَّة"^(٣): ((قال لغيره: ادفعْ إلى فلان كلَّ يومٍ درهماً على أنْ ذلك عليّ، فدفعَ حتّى اجتمعَ عليه مالٌ كثيرٌ، فقال الأمر: لم أرْدُ جميعَ ذلك كان عليه الجميعُ، بمنزلةِ قوله: ما بايعت فلاناً فهو عليّ يلزمه جميعُ ما بايعه، وهو كقوله لامرأة الغير: كَفَلْتُ لَكَ بِالنَّفَقَةِ أبدأً يلزمه^(٤) النفقة أبدأً ما دامت في نكاحه. ولو قال لها: ما دمتِ في نكاحه فنفتكتك عليّ فإن مات أحدهما أو زال النكاحُ لا تبقى النفقة)) اهـ. وقدمنا^(٥) في باب النفقات لزوم الكفيل نفقة العدة أيضاً. [٢٥٥٠٤] (قوله: و: ما غَصَبَكَ فلانٌ) وكذا ما أُلْفَ لَكَ المودعُ فعلي، وكذا كلُّ الأماناتِ، "جامعُ الفصولين"^(٦).

[٢٥٥٠٥] (قوله: ما هنا شرطية) أي: في قوله: ((ما بايعت)) و((ما غَصَبَكَ)). [٢٥٥٠٦] (قوله: أي: إِنْ بايعته فعلي، لا: ما اشتريته) أرادَ بيانَ أمرين: كونِ ((ما)) لمحَرِّدٍ الشرطِ مثلُ ((إن))، وكونِ المكفولِ به الثَّمَنَ لا المبيعَ بقرينةِ التعليلِ، وعبارةُ "الدرر"^(٧) أظهرُ

(١) ص ١٧٥ - "در".

(٢) المقولة [٢٥٧٠٦] قوله: ((كفائته بالدرل))، والمقولة [٢٥٧٢٣] قوله: ((إذا استحق المبيع قبل القضاء على البائع)).

(٣) "الحائِيَّة": كتاب الكفالة والحوالة - فصل في الكفالة بالمال ٧٠/٣ باختصار (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) في "ت": ((تلمه)).

(٥) المقولة [١٥٩٦٦] قوله: ((ولو كَفَلْ لها كُلَّ شَهْرٍ كذا إلخ)).

(٦) "جامعُ الفصولين": الفصل الثلاثون في التصرفات وأحكامها إلخ ٥٤/٢ بصرف.

(٧) "الدرر والغرر": كتاب الكفالة ٢٩٨/٢.

لِما سيجيءُ أنَّ الكفالةَ بالمبيع لا تجوزُ، وشُرِّطَ في الكلِّ القَبُولُ، أي: ولو دِلالةً بأنَّ بايعَهُ أو غَصَبَ مِنْهُ لِلحالِ، "نهر".

في المقصود؛ حيث قال: ((أي: ما بايعتَ مِنْهُ فَإِنِّي ضامنٌ لثَمَنِهِ، لا ما اشتريتهُ فَإِنِّي ضامنٌ للمبيع؛ لأنَّ الكفالةَ بالمبيع لا تجوزُ كما سيأتي))، ثمَّ قال^(١): ((و((ما)) في هذه الصُّورِ شرطيةٌ، معناها: إنَّ بايعتَ فلاناً، فيكونُ في معنى التعليلِ)) اهـ. وما كتبه "ح"^(٢) هنا لا يخفى ما فيه على مَنْ تأملَهُ، فافهم.

(تنبيه)

قَيَّدَ بضمانِ الثَمَنِ لِمَا في "البحر"^(٣) عن "البرازية"^(٤): ((لو قال: بايعَ فلاناً على أنَّ ما أصابَكَ مِنْ خُسْرانٍ فعليَّ لم يصحَّ)) اهـ. قال "الخَيْرُ الرَّمْلِيُّ": ((وهو صريحٌ بأنَّ مَنْ قال: استأجرَ طاحونةَ فلانٍ وما أصابَكَ مِنْ خُسْرانٍ فعليَّ لم يصحَّ، وهي واقعةُ الفتوى)) اهـ.

[٢٥٥٠٧] (قوله: لِمَا سيجيءُ) أي: في قوله^(٥): ((ولا يبيعُ قَبْلَ قبْضِهِ))، وهذا في البيعِ الصَّحيحِ، وسيأتي تمامُهُ.

[٢٥٥٠٨] (قوله: بأنَّ بايعَهُ إلخ) تصويرٌ للقَبُولِ دِلالةً، وعبارةُ "النَّهر"^(٦) هكذا: ((وفي الكلِّ يُشترطُ القَبُولُ، إلَّا أَنَّهُ في "البرازية"^(٨)) قال: طَلَبَ مِنْ غَيْرِهِ قَرْضاً فلم يُقرضَهُ، فقال رجلٌ: أقرضهُ، فما أقرضَهُ فأنا ضامنٌ، فأقرضَهُ في الحالِ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَقْبَلَ ضَمَانُهُ صريحاً يصحُّ ويكفي هذا القَدْرُ اهـ. وينبغي أن يكونَ: ما بايعتَ فلاناً أو: ما غَصَبَكَ فعليَّ كذلك إذا بايعَهُ أو غَصَبَ مِنْهُ لِلحالِ)) اهـ ما في "النَّهر".

٢٦٤/٤

قلتُ: ما ذكرَهُ [١٧٠/٣] في المبايعَةِ صحيحٌ، بخلافِ الغَصَبِ، فإنَّ الطَّالِبَ مغضوبٌ مِنْهُ،

(١) "الدرر والغرر": كتاب الكفالة ٢/٢٩٨.

(٢) انظر "ح": كتاب الكفالة ق ٣٠٤/١ - ب.

(٣) "البحر": كتاب الكفالة ٦/٢٣٨.

(٤) "البرازية": كتاب الكفالة - الفصل الثاني في المعلقة ١٥/٦ باختصار (هامش "الفتاوى الهندية").

(٥) ١٠٦ - "در".

(٦) المقولة [٢٥٥٤٩] قوله: ((ولا يبيعُ قَبْلَ قبْضِهِ)).

(٧) "النَّهر": كتاب الكفالة ق ٤١٧/١.

(٨) "البرازية": كتاب الكفالة - الفصل الأول في المقدمة - نوع في ألفاظه ١١/٦ - ١٢ (هامش "الفتاوى الهندية").

ولو باعَ ثانياً لم يلزم الكفيلَ إلّا في ((كلّما))، وقيل: يلزم إلّا في ((إذا))،

فكيف يُتصورُ كونُ الغَصْبِ قَبُولاً مِنْهُ للكفالة؟! لأنَّ الغَصْبَ فعلٌ غيرُه، أمّا المبايعةُ فهي فعله، فأقدامُه عليها في الحالِ يصحُّ كونُه قَبُولاً مِنْهُ، فافهم.

٢٥٥٠٩١ (قوله: إلّا في كلّما) هذا ما مَشَى عليه "العيني"^(١) و"ابنُ الهمام"، قال في "الفتح"^(٢): ((لأنَّ المعنى: إنَّ بايعتهُ فعليّ دَرَكُ ذلك البيعِ، و: إنَّ ذابَ لك عليه شيءٌ فعليّ، وكذا: ما غصبتُ فعليّ، وإذا صحَّت فعليّ ما يَجِبُ بالمبايعةِ الأولى، فلو بايعةَ مرّةً بعدَ مرّةٍ لا يلزمُه ثَمَنٌ في المبايعةِ الثانيةِ، ذَكَرَهُ في "المجرّد" عن "أبي حنيفة" نصّاً. وفي "نوادِر" "أبي يوسف" بروايةِ "ابنِ سَماعة": يلزمُه كُلُّهُ)) اهـ.

٢٥٥١٠١ (قوله: وقيل: يلزم) أي: في ((ما)) مثلُ ((كلّما))، وكذا ((الذي)).

٢٥٥١١١ (قوله: إلّا في إذا) أي: ونحوها مِمّا لا يُفِيدُ التكرارَ مثلُ ((متى)) و((إن))، قال في "النهر"^(٣): ((وفي "المبسوط"^(٤): لو قال: متى، أو: إذا، أو: إنَّ بايعتَ لِرِمّةِ الأوّلِ فقط بخلافِ ((كلّما)) و((ما)) اهـ. وزادَ في "المحيط": ((الذي)) اهـ. ومُقتَضَى ما مرَّ^(٥) عن "الفتح" أنَّ ما في "المبسوط" روايةٌ عن "أبي يوسف"، وأنَّ الأوّلَ قولُ "الإمام"، ونقلَ "ط"^(٦) التصرّيحَ بذلك عن "حاشيةِ سريّ الدين"^(٧) على "الزَّيْلَعِي" عن "المحيط" وغيره، لكنَّ ما في "المبسوط" هو الذي في "كافي الحاكم" ولم يذكُرْ فيه خلافاً فكان هو المذهب.

(قوله: ذَكَرَهُ في "المجرّد" عن "أبي حنيفة" نصّاً) على ما في "المجرّد" تكونُ لمجرّدِ الشَّرْطِ غيرِ مُتضمِّنةٍ للموصوئيّةِ، وعلى ما في "النّوادِر" تكونُ مُتضمِّنةً لها.

(١) "رمز الحقائق": كتاب الكفالة ٧١/٢.

(٢) "الفتح": كتاب الكفالة ٣٠٠/٦ بتصرف.

(٣) "النهر": كتاب الكفالة ٤١٦/ب.

(٤) "المبسوط": كتاب الكفالة - باب ضمان مايباع به الرجل ٥١/٢٠ بتصرف.

(٥) المقولة [٢٥٥٠٩] قوله: ((إلّا في كلّما)).

(٦) "ط": كتاب الكفالة ١٥٢/٣.

(٧) لعلَّ المراد سريّ الدين بن الشَّحْنة (ت ٩٢١هـ) في كتابه "الإشارة والرمز إلى تحقيب الوقاية وفتح الكنز". ("كشف

الظنون" ٩٧/١، "هدية العارفين" ٤٩٨/١ وفيه: "شرح الكنز" بدل "فتح الكنز").

وعليه "القَهْستاني"^(١) و"الشَّرنبَلالي"^(٢)، فليُحفظ، ولو رَجَعَ عنه الكفيلُ قبلَ المِبايعةِ صحَّ بخلافِ الكفالةِ بالذَّوْبِ،

والحاصلُ: الاتِّفاقُ على إفادَةِ التَّكرارِ في ((كَلَمًا))، وعنى عَدَمُها في ((إِذَا)) و((مَتَى)) و((إِن))، والخلافُ في ((مَا)).

[٢٥٥١٢] (قوله): وعليه "القَهْستاني" و"الشَّرنبَلالي" وَمَشَى عليه أيضاً في "جامع الفصولين"^(٣).
[٢٥٥١٣] (قوله): ولو رَجَعَ عنه الكفيلُ إلخ) في "الْبِرَازِيَّة"^(٤) تَبَعاً لـ "المبسوط"^(٥): ((لو رَجَعَ عن هذا الضَّمانِ قبلَ أَنْ يُبَايَعَهُ ونهاه عن مِبايعَتِهِ لم يلزَمُهُ بعد ذلك شيء))، ولم يشترطِ "الولوالجي"^(٦) نَهْيَهُ عِنْدَ الرُّجوعِ حيث قال: ((لو قال: رَجَعْتُ عن الكفالةِ قبلَ المِبايعةِ لم يلزَمِ الكفيلُ شيء، وفي الكفالةِ بالذَّوْبِ لا يَصِحُّ، والفرقُ أنَّ الأولى مَبْنِيَّةٌ على الأمرِ دَلالةٌ وهذا الأمرُ غيرُ لازمٍ، وفي الثَّانيةِ مَبْنِيَّةٌ على ما هو لازمٌ)) اهـ. وهو ظاهر، "نهر"^(٧)، أي: لأنَّ قَوْلَهُ كَفَلْتُ لك بما^(٨) ذابَ لك عني فلان - أي: بما ثَبِتَ لك عليه بالقضاء - كفالةٌ بِمُحَقِّقٍ لازمٍ، بخلافِ: بـ: ما بايَعْتَهُ، فإنَّه لم يتحقَّقْ بعد، بيَّأنه ما في "البحر"^(٩) عن "المبسوط"^(١٠): ((لأنَّ لزومَ

(قوله): والفرقُ أنَّ الأولى مَبْنِيَّةٌ على الأمرِ دَلالةٌ إلخ) ما ذَكَرَهُ مِنْ هذا الفرقِ صحيحٌ؛ لأنَّ الأمرَ الذي انبَتَ عليه الكفالةُ الأولى غيرُ لازمٍ، بمعنى أَنَّهُ يَصِحُّ الرُّجوعُ عنه، والذَّوْبُ الذي انبَتَ عليه الكفالةُ الثَّانيةُ لازمٌ لا يقبَلُ الرُّجوعُ، بخلافِ ما ذَكَرَهُ بعدَهُ فإنَّه غيرُ صحيحٍ، فإنَّ كلاً من الذَّوْبِ والمِبايعةِ لم يتحقَّقْ بعد فلم يَجِبْ شيءٌ عَقِبَ الكفالةِ، بل الوُجوبُ موقوفٌ على المِبايعةِ أو الذَّوْبِ في المستقبلِ، وكلاهما غيرُ موجودٍ الآن.

(١) "جامع الرموز": كتاب الكفالة ١١٣/٢، وفيه: ((كله)) بدل ((كَلَمًا))، وهو خطأ.

(٢) "الشَّرنبَلاليَّة": كتاب الكفالة ٢٩٨/٢ (هامش "الدرر والغرر").

(٣) "جامع الفصولين": الفصل الثلاثون في التصرفات الفاسدة وأحكامها إلخ ٥٣/٢.

(٤) "الْبِرَازِيَّة": كتاب الكفالة - الفصل الثاني في المعلقة ١٧/٦ يتصرف (هامش "الفتاوى الهندية").

(٥) "المبسوط": كتاب الكفالة - باب ضمان ما يباع به الرجل ٥١/٢٠.

(٦) "الولوالجية": كتاب الكفالة والمحوالة - الفصل الأول في الألفاظ التي تتعقد بها الكفالة إلخ ٣٩٤/٤ يتصرف.

(٧) "النهر": كتاب الكفالة ق ٤١٦/ب.

(٨) في "م": ((مَا)).

(٩) "البحر": كتاب الكفالة ٢٣٨/٦.

(١٠) "المبسوط": كتاب الكفالة - باب ضمان ما يباع به الرجل ٥١/٢٠.

وبخلاف: ما غصَبَكَ النَّاسُ، أو: مَنْ غصَبَكَ مِنَ النَّاسِ، أو: بايَعَكَ، أو: قَتَلَكَ، أو: مَنْ غصَبَتْهُ، أو: قَتَلْتَهُ فَأَنَا كَفِيلُهُ فَإِنَّهُ باطلٌ، كقولِهِ: ما غصَبَكَ أَهْلُ هَذِهِ الدَّارِ

الكفالة بعد وجود المبايعة وتوجُّه المطالبة على الكفيل، فأما قبل ذلك هو غير مطلوب بشيء ولا ملتزم في ذمِّه شيئاً فيصِحُّ رجوعُهُ. يوضِّحُهُ أنَّ بعد المبايعة إنما أوجِبنا المالَ على الكفيل دفعاً للغرور عن الطالب؛ لأنَّه يقول: إِنَّمَا اعتمدتُ^(١) في المبايعة معه كفالة هذا الرَّجُلِ، وقد اندفعَ هذا الغرور حينَ نهائِهِ عن المبايعة)) اهـ.

[٢٥٥١٤] (قوله: وبخلاف: ما غصَبَكَ النَّاسُ إلخ) مرْتَبطٌ بالمتن، قال في "الفتح"^(٢): ((قَيَّدَ بقوله: فُلَاناً لِيَصِيرَ للمَكْفُولِ عنه معلوماً، فإنَّ جهالته تَمْنَعُ صحَّةَ الكفالة)) اهـ. وقد ذَكَرَ "الشَّارِحُ"^(٣) ست^(٤) مسائل، ففي الأولى جهالة المَكْفُولِ عنه، وفي الثانية والثالثة والرابعة جهالة المَكْفُولِ بنفسِهِ، وفي الخامسة والسادسة جهالة المَكْفُولِ له، وهذا داخلٌ تحت قولِهِ الآتي^(٥): ((ولا تصحُّ بجهالة المَكْفُولِ عنه إلخ)).
[٢٥٥١٥] (قوله: كقولِهِ: ما غصَبَكَ أَهْلُ هَذِهِ الدَّارِ إلخ) أي: لأنَّ فيه جهالة المَكْفُولِ عنه، بخلاف ما لو قال لجماعة حاضرين: ما بايعتموه فعليَّ فإنه يصحُّ، فأَيُّهم بايَعَهُ فعلى الكفيل، والفرق أنَّه في الأولى ليسوا مُعَيَّنِينَ معلومينَ عندَ المخاطبِ^(٦)، وفي الثانية مُعَيَّنُونَ. والحاصل: أنَّ جهالة المَكْفُولِ له تَمْنَعُ صحَّةَ الكفالة، وفي التَّخْيِيرِ لا تَمْنَعُ، نحو: كَفَلْتُ مَالَكُ عَلَى فُلَانٍ أَوْ فُلَانٍ، كذا في "الفتح"^(٧)، "نهر"^(٨). وذَكَرَ في "الفتح"^(٩): ((أنَّهُ يَجِبُ كَوْنُ أَهْلِ الدَّارِ لَيْسُوا مُعَيَّنِينَ معلومينَ عندَ المخاطبِ، وإلا فلا فرق)).

(١) عبارة "الميسوط": ((عقدت)).

(٢) "الفتح": كتاب الكفالة ٦/٣٠٠.

(٣) ١٠١-١٠٠ ص "در".

(٤) في "الأصل" و"د" و"٣" و"ب" ((سته))، وهو خطأ.

(٥) ١٠١-١٠٠ ص "در".

(٦) عبارة "الفتح": ((التخاطبين))، وعبارة "النهر": ((المخاطبين)).

(٧) "الفتح": كتاب الكفالة ٦/٣٠٠ بتصرف.

(٨) "النهر": كتاب الكفالة ٤١٧ ق/٤.

(٩) "الفتح": كتاب الكفالة ٦/٣٠٠.

فأنا ضامنُهُ فإنه باطلٌ حتَّى يُسمِّيَ إنساناً بعينه، (أو علَّقتُ بشرطٍ صريحٍ مُلائمٍ، أي: مُوافقٍ للكفالةِ بأحدِ أمورٍ ثلاثٍ: بكونِهِ شرطاً للزومِ الحقِّ (نحو) قوله: (إن استُحقَّ المبيعُ)

[٢٥٥١٦] (قوله: أو علَّقتُ بشرطٍ صريحٍ) عطفٌ على قوله: ((ب: كَفَلْتُ)) مِنْ حيثُ المعنى فإنه مُنَحَرٌّ، فهو في معنى قولك: إذا نَحَزْتُ أو عَنَقْتُ إلخ. والمرادُ بالصَّريحِ ما صُرِّحَ فيه^(١) بأدقِّ [١٧١٣/٣] التعليلِ، وهي ((إن)) أو إحدى أحوالِها، فدخَلَ فيه بالأوَّلَى ما كان في معنى التعليلِ مثلُ ((علِّي))، فإنه يُسمَّى تقييداً بالشرطِ لا تعليقاً محضاً كما يُعلمُ ممَّا مرَّ^(٢) في بحثِ ما يطلُّ تعليقُهُ. أو المرادُ بالصَّريحِ ما قَابَلَ الضَّمنيَّ في قوله: ((ما بايعتُ فلاناً فعليَّ))، فإنَّ المعنى: إن بايعتُ كما في "الفتح"^(٣)، وقد عدَّهُ في "الهداية"^(٤) مِنْ أمثلةِ المعلقِ بالشرطِ، فافهمْ.

[٢٥٥١٧] (قوله: مُلائمٍ) أي: مُوافقٍ، مِنْ الملاءمةِ بالهَمْزِ، وقد ثَقُلَ بِإِاءٍ.

[٢٥٥١٨] (قوله: بأحدِ أمورٍ) مُتعلِّقٌ بـ: ((مُوافقٍ)) والباءُ للسَّبِيَّةِ، "ط"^(٥).

[٢٥٥١٩] (قوله: بكونِهِ شرطاً إلخ) بَدَلٌ مِنْ (أحدِ أمورٍ) بَدَلٌ مُفَصَّلٌ مِنْ مُجْمَلٍ، "ط"^(٥).

وعَبَّرَ في "الفتح"^(٦) بَدَلَ الشرطِ بالسَّبَبِ وقال: ((فإنَّ استحقاقَ المبيعِ سببٌ لوجوبِ الثَّمنِ على البايعِ للمُشتري)).

(قوله: أو المرادُ بالصَّريحِ ما قَابَلَ الضَّمنيَّ في قوله: ما بايعتُ إلخ) هذا على جعلِ ((ما)) موصولةً ومُتضمِّنةً للشرطِ، لا على جعلِها شرطيةً محضةً، فيكونُ عليه التعليلُ مِنَ التعليلِ الصَّريحِ كـ: ((إن)).

(١) في "م": ((ه)).

(٢) المقولة [٢٥٠٤٠] قوله: ((والإقرار)).

(٣) "الفتح": كتاب الكفالة ٣٠٠/٦.

(٤) "الهداية": كتاب الكفالة ٩٠/٣.

(٥) "ط": كتاب الكفالة ١٥٢/٣.

(٦) "الفتح": كتاب الكفالة ٣٠١/٦.

أَوْ: جَحَدَكَ الْمُودَعُ، أَوْ: غَضَبَكَ كَذَا أَوْ قَتَلَكَ، أَوْ: قَتَلَ ابْنَكَ أَوْ: صَيْدَكَ فَعَلِيَّ الدِّيَّةَ وَرَضِيَ بِهِ الْمَكْفُولُ جَازًا، بِخِلَافٍ: إِنْ أَكَلَكَ سَبْعٌ،

[٢٥٥٢٠] (قوله: أَوْ: جَحَدَكَ الْمُودَعُ) ومثله: إِنْ أَتَلَفَ لَكَ الْمُودَعُ، وكذا كُلُّ الأماناتِ

كما قدَّمناه^(١) عن "الفصولين".

[٢٥٥٢١] (قوله: أَوْ: قَتَلَكَ) أي: خطأ كما في "الفتح"^(٢) عن "الخلاصة"^(٣)، وقدَّمناه^(٤)

عن "الكافي"، وقدَّمنا^(٥) أيضاً عن عدَّةٍ كتبٍ أَنَّ الكفالةَ بالدِّيَّةِ لا تصيحُّ، فَيُتَأَمَّلُ.

[٢٥٥٢٢] (قوله: فَعَلِيَّ الدِّيَّةَ) أرادَ بها البَدَلَ فيشملُ باقيَ الأمثلةِ.

[٢٥٥٢٣] (قوله: وَرَضِيَ بِهِ الْمَكْفُولُ) أي: الْمَكْفُولُ لَهُ.

[٢٥٥٢٤] (قوله: بِخِلَافٍ: إِنْ أَكَلَكَ سَبْعٌ)^(٦) لأنَّ فَعْلَهُ غَيْرُ مَضْمُونٍ؛ لحديث: «جُرْحُ

العجماءِ جُبَّارٍ»^(٧).

(١) المقولة [٢٥٥٠٤] قوله: ((وما غَضَبَكَ فُلَانٌ)).

(٢) "الفتح": كتاب الكفالة ٣٠٢/٦.

(٣) "الخلاصة": كتاب الكفالة - الفصل الثاني في الكفالة المعلقة ٢٥٣/١، نقلاً عن "الأصل".

(٤) المقولة [٢٥٤٩٣] قوله: ((فلا تصحُّ ببدلِ الكتابة)).

(٥) ((قوله)) ليست في "ب".

(٦) في "م": ((السبع)).

(٧) روى مالكٌ وسفيانٌ بن عُيينةَ ومَعْمَرٌ وابنُ جُرَيْجٍ والليثُ بنُ سعدٍ ويونسُ والرَّبِيعُ والأوزاعيُّ عن ابنِ شهابٍ عن سعدٍ بنِ المسيَّبِ وعن أبي سلمةَ بنِ عبدِ الرَّحْمَنِ عن أبي هريرةَ رضي الله عنه أنَّ رسولَ الله ﷺ قال: ((العجماءُ جُبَّارٌ، والبئرُ جُبَّارٌ، والمُعْدِلُ جُبَّارٌ، وفي الرِّكَازِ الخمسُ)). قال سفيانٌ: أوَّلُ ما رأيتُ الزُّهريَّ سألتهُ عن هذا الحديث، وليس معي ولا معه أحدٌ. وترك سفيانٌ أباً سلمةَ مرَّةً، فقيل له: معه أبو سلمةَ، فقال: إِنْ كَانَ مَعَهُ فهو معه. ويرويه يونسُ عن سعدٍ وعُثَيْبٍ بنِ عبدِ الله بنِ عبدِ الله.

أخرجه البخاري (١٤٩٩) في الرِّكَازة - باب في الرِّكَازِ الخمسِ، و(٦٩١٢) في الدِّيَّات - باب المُعْدِلِ جُبَّارٌ، ومسلم (١٧١٠) في الحُلُود - باب جُرْحِ العجماءِ ... جُبَّارٌ، وأبو داود (٣٠٨٥) مُختَصراً في الإمارة - باب في الرِّكَازِ، و(٤٥٩٣) في الدِّيَّات - باب العجماءِ والمُعْدِلِ والبئرِ جُبَّارٌ، والرَّمْذِي (٦٤٢) في الرِّكَازة - باب العجماءِ جُرْحُهَا جُبَّارٌ، وقال: حسنٌ صحيحٌ، و(١٣٧٧) في الأحكام - باب العجماءِ جُرْحُهَا جُبَّارٌ، قال: حسنٌ صحيحٌ، والنَّسَائِيُّ في "المجتبى" ٤٥/٥ في الرِّكَازة - باب المُعْدِلِ، و"الكبرى" (٢٢٧٤ - ٢٢٧٦) في الرِّكَازة - باب المُعْدِلِ، و(٥٨٣١ - ٥٨٣٤) في الرِّكَاز - باب ذِكْرِ الرِّكَازِ، وابنُ ماجه (٢٦٧٣) في الدِّيَّات - باب الجُبَّارِ.

= وأخرجه مالك في "الموطأ" ٨٦٩/٢ في العُقُول - باب جامع العقول، والشافعي في "النسب الماثورة" (٣٦٧) و(٣٦٨) و(٣٦٩) مُختَصَرًا، و(٦٢٠) و(٦٢١)، و"المسنَد" ٢٤٨/١، وعبدُ الرزاق في "المصنّف" (١٨٣٧٣)، وأحمد ٢٣٩/٢ و٢٥٤ و٢٧٤ و٢٨٥، والحَمِيدِي (١١١٠)، وابنُ أبي شَيْبَةَ ٣٥٢/٦، وأبو عُبَيْدٍ في "الأموال" (٨٥٨)، والتَّارِمِي (١٦٦٨) و(٢٣٧٨)، والْبَزْأَرُ في "البحر الرّخّار" ٢/١٤١، وابنُ الجارود في "المتقى" (٣٧٢) و(٧٩٥)، وابنُ خَزَمَةَ (٢٣٢٦)، وأبو عَوَانَةَ (٦٣٥٤ - ٦٣٦١)، والطَّحَاوِيُّ في "شرح معاني الآثار" ٢٠٣/٣ و٢٠٤، وابنُ حَبَّانٍ كما في "الإحسان" (٦٠٠٥ - ٦٠٠٧)، والتَّارِقُطْنِيُّ في "السنن" ١٤٩/٣ و١٥٠ و١٥١ و١٥٢، و"العِلَل" (١٨١٤ و١٨١٥). وقال: **إِلَّا أَنَّ الزُّبَيْدِيَّ** وجعفر بن بُرْقَانَ لم يذكرا أبا سَلَمَةَ في الإنسان، والبيهقي في "الكبرى" ١٥٥/٤ و١١٠/٨ و٣٤٣، و"معرفة السنن" (٢٣٨٥) مُختَصَرًا، وابنُ عبدِ البرِّ في "التمهيد" ١٩/٧، والرافعي في "التنوين في أخبار قزوين" ١٤٢/٣.

قال أبو بكر النيسابوري: لا أعلم أحدًا ذكر في إسناده عُبَيْدَ اللَّهِ بنَ عبدِ اللَّهِ غيرَ يونسَ بنِ يزيد.

قال التَّارِقُطْنِيُّ في "العِلَل" (١٨١٤): ورواه إسحاق بنُ راشدٍ عن الزُّهري عن عُبَيْدِ اللَّهِ بنِ عبدِ اللَّهِ وحده عن أبي هريرة. والصحيح: عن الزُّهري عن سعيدٍ وأبي سَلَمَةَ، وحديثه عن عُبَيْدِ اللَّهِ غيرُ مدفوع؛ لأنّه قد اجتمع عليه ثلثان. والله أعلم.

ورواه زَمْعَةُ بنُ صالحٍ عن الزُّهري عن سعيد بنِ السَّيِّبِ [وغيره] عن أبي هريرة به.

أخرجه أبو داود الطيالسي (٢٣٠٥)، وعنه أبو عَوَانَةَ (٦٣٦٣).

وأخرجه ابنُ عَدِيٍّ ٢٣٢/٣ عن زَمْعَةَ عن الزُّهري نحوه، وزاد: وعن ابنِ طاووسٍ عن أبيه عن أبي هريرة. قال ابنُ عَدِيٍّ: وهذا غريبٌ عن الزُّهري، وإن كان قد رواه غيرُ زَمْعَةَ عنه. وزَمْعَةُ فيه ضعفٌ، وربما يهيم في بعض ما يرويه، وأرجو أنّ حديثه صالحٌ لا بأس به.

ورواه سفيان بنُ حسين عن الزُّهري عن سعيدٍ عن أبي هريرة مرفوعًا: ((الرَّجُلُ جُبَّارٌ)).

أخرجه أبو داود (٤٥٩٢) في الذِّبَات - باب في الذَّابَّةِ تَنْفَعُ بِرَجُلِهَا، والنَّسَائِيُّ في "الكبرى" [رواية ابنِ خَبَّوَةَ] (٥٧٨٨) في العارية - باب في الذَّابَّةِ تُصِيبُ بِرَجُلِهَا، وأبو عَوَانَةَ (٦٣٧١)، وابنُ عَدِيٍّ ٤١٥/٣، والطَّبرانيُّ في "الصَّغِير" (٧٤٢)، والتَّارِقُطْنِيُّ ١٥٣/٣ و١٧٩، والبيهقي في "الكبرى" ٣٤٣/٨، و"معرفة السنن والآثار" (١٧٥٨٨)، والحطيب في "الفصل لموصل الملتزج" ٧٢٩/٢.

قال أبو عَوَانَةَ: لم يلقه أحدٌ غيرُه. وقال ابنُ عَدِيٍّ: لم يأت به عن الزُّهري غيرَ سفيان بنِ حسين فيما عَلِمْتُ. قال التَّارِقُطْنِيُّ: لم يتابع سفيان بنُ حسين على قوله: الرَّجُلُ جُبَّارٌ، وهو وهم؛ لأنَّ الثَّقَاتِ الحفاظ الذين قدَّمنا أحاديثهم مالكٌ وابنُ عُبَيْنَةَ ويونسٌ ومَعْمَرٌ وابنُ جُرَيْجٍ والزُّبَيْدِيُّ وَعُقَيْلٌ والليث بنُ سعدٍ وغيرهم خالفوه، ولم يذكروا ذلك، وكذلك رواه أبو صالح السَّمَّانُ وعبدُ الرَّحْمَنِ الأعرجُ وعَمَدٌ بنُ سيرين وعَمَدٌ بنُ زيادٍ وغيرهم عن أبي هريرة، ولم يذكروا فيه: الرَّجُلُ جُبَّارٌ، وهو المحفوظ عن أبي هريرة.

وذكر البيهقي في "معرفة السنن والآثار" عن الشافعي، قال: هذا غلطٌ؛ لأنَّ الحفاظَ لم يحفظوه هكذا!

= قال البيهقي: والأمر على ما قاله الشافعي؛ وذلك لأنَّ هذا الحديث رواه مالك بن أنس، وابن جريج، والليث بن سعد، ومعمر، وعقيل، وسفيان بن عيينة، وغيرهم عن الزُّهري، فلم يذكروا فيه أحدًا منهم: الرَّجُلُ جُبَارٌ إِلَّا سفيان بن حسين، فإنه رواه عن الزُّهري عن ابن المسيب عن أبي هريرة عن النبي ﷺ. قال يحيى بن معين: سفيان بن حسين ثقة، وهو ضعيف الحديث عن الزُّهري. وسياقي أنَّ آدم وحده تفرد عن شعبة فقال: الرَّجُلُ جُبَارٌ! قال البيهقي: إنما تعرف هذه اللفظة من حديث أبي قيس عبد الرحمن بن ثروان عن هزبل بن شرحبيل عن النبي ﷺ مرسلًا.

قال ابن عبد البر: وهذا لا يثبت أهل العلم بالحديث. وهذا حديث لا يوجد عند أحدٍ من أصحاب الزُّهري إِلَّا سفيان بن حسين، وهو عندهم فيما ينفرد به لا تقوم به حجة. قال ابن حجر في "فتح الباري" ٣١٩/١٢: وقد اتفق الحفاظ على تغليب سفيان بن حسين، حيث روى عن الزُّهري في حديث الباب: الرَّجُلُ جُبَارٌ، وما ذاك إِلَّا أنَّ الزُّهري مُكِّبٌ من الحديث والأصحاب، تفرد سفيان عنه بهذا اللفظ، فعُدَّ منكراً، قال الشافعي: لا يصحُّ هذا.

وخالفهم أثوب بن خالد فرواه عن الأوزاعي عن محمد بن مسلم عن غيل الله بن عبد الله عن ابن عباس به. أخرجه أبو عوانة (٦٣٦٢)، وابن عدي (٣٥٨/١).

قال ابن عدي: لا أعلم يرويه عن الأوزاعي غير أثوب بن خالد. وروى يعقوب بن إبراهيم بن سعد عن الليث عن الزُّهري عن سالم عن أبيه عن عامر بن ربيعة به. أخرجه النسائي في "الكبرى" (٥٨٣٠) في الرِّكَاز، وأبو عوانة (٦٣٧٠)، والطبراني في "الأوسط" (٣٩٢٩). قال أبو عوانة: كذا قال، وهذا عَجَبٌ أيضاً! حسن! قال الطبراني: لم يروه عن ليث ابن سعد إِلَّا يعقوب بن إبراهيم.

وخالفه قتيبة، ومروان بن محمد، وأحمد بن يونس، والحسن بن موسى الأشيب، ومحمد بن زُحج، ويحيى بن يحيى وغيرهم، فروَوْه عن الليث عن الزُّهري كما رواه الجماعة.

ورواه أحمد بن عمرو العُصْمَرِيُّ عن يحيى بن معاذ أبي معاذ عن أبيه عن بكير بن عبد الله بن الأشج عن نافع عن ابن عمر عن عامر بن ربيعة به.

أخرجه الطبراني في "الأوسط" (٦٩٦٨) ثم قال: لم يروه عن بكير إِلَّا معاذ أبو بكر، تفرد به ابنه عنه. وروى محمد بن جامع الطَّارِقيُّ عن عبد الغافر عن مسلمة بن خَلِصَةَ عن داود بن أبي هند عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة به. أخرجه الطبراني في "الأوسط" (٨٢٨٩)، وابن عبد البر في "المعجم" ٢٧/٧، وقال الطبراني: لم يروه عن داود إِلَّا مسلمة، ولا عن مسلمة إِلَّا محمد بن جامع. كذا قال! مع أنَّ ابن عبد البر رواه عن عتبة عن مسلمة كما ترى. ومسلمة ضعيف.

ورواه الأسود بن العلاء، ومحمد بن عمرو عن أبي سلمة عن أبي هريرة به.

= أخرجه مسلم (١٧١٠)، وأحمد ٤١٥/٢ و ٤٧٥ و ٤٩٥ و ٥٠١، وأبو غنيد في "الأموال" (٨٥٧)، و"غريب الحديث" ٢٨١/١، والذاريقي (٢٣٧٧)، وأبو غوانة (٦٣٦٤)، والطحاوي في "شرح المعاني" ٢٠٤/٣. ورواه أيوب، وعبد الله بن عون، وحماد، ومنصور، وهشام، وخالد الحذاء، وعبد الله بن بكر المزني، ويونس بن عبيد، وعمران بن خالد، كلهم عن محمد بن سيرين عن أبي هريرة به.

أخرجه أحمد ٢٢٨/٢ و ٤١١ و ٤٩٣ و ٤٩٩ و ٥٠٧، وابن أبي شيبة ٣٥٢/٦، والنسائي في "المحتبى" ٤٥/٥ و ٤٦ في الزكاة - باب المعلنين، والكرمي (٢٢٧٧) و (٥٨٣٣) و (٥٨٣٥) و (٥٨٣٦) في الركا، والبرقاني ١/٢٧٣، والطحاوي في "شرح المعاني" ٢٠٤/٣، وابن عدي ٢١٣/٢ و ٢٤٤، و ٢٦٠/٣، والطبراني في "الأوسط" (٦٤٢٥)، وأبو يعلى (٦٠٧٢) و (٦٠٧٥)، وابن مردويه في "جزء فيه أحاديث ابن حبان" (٤٥)، والخطيب في "تاريخه" ٥٣/٥ - ٥٤، و"موضح الأوهام" ٢٥٩/٢. قال الطبراني: لم يرو هذا الحديث عن ابن عون إلا مؤمل بن عبد الرحمن، تفرد به عبد الغني بن عبد العزيز.

قال الذارقطني في "المعلل" (١٨٢٩): رفعه حماد بن زيد عن أيوب، وهشام عن ابن سيرين عن أبي هريرة. وتابعه عمران بن خالد، وعوف الأعرابي، ويونس بن عبيد من رواية حاتم بن زردان عنه. ووقفه ابن عثية والثقفى عن أيوب، ورواه ابن عثية أيضاً عن ابن عون وهشام موقوفاً، وكذلك رواه يزيد بن هارون عن ابن عون، وقال: عبد الله بن بكر المزني عن ابن سيرين عن أبي هريرة كان يقال... ورفع صحيفاً؛ لأن ابن سيرين كان شديد العرا [التحفظ والاحتياط] في رفع الحديث.

ورواه سعيد عن قتادة عن ابن سيرين عن أبي هريرة قال رسول الله ﷺ... وروى النضر، وعثمان بن الهيثم كلاهما عن عوف عن الحسن قال: بلغني أن رسول الله قال: ((العجماء جبار، والبقر جبار، والمعلن جبار، وفي الركا الخمس)). قال عوف: وحدثني محمد - يعني: ابن سيرين - عن أبي هريرة عن النبي ﷺ مثله. أخرجه أحمد ٤٩٣/٢، وإسحاق بن راهويه (٥١٠)، والحارث بن أبي أسامة في "مسنده" كما في "بغية الباحث" (٥٢٩).

ورواه أبو عمر الصريري حدثنا حماد بن سلمة عن أيوب، وحبيب وهشام عن محمد بن سيرين به. أخرجه الطبراني في "الأوسط" (٢٤٢٠)، و"الصغير" (٣٣٤). ورواه حماد بن الجعد، والحكم بن عبد الملك، وأبو مريم عبد الغفار بن القاسم، كلهم عن قتادة عن محمد بن سيرين به. أخرجه أبو يعلى (٦٠٥٠)، وابن عدي ٢١٣/٢ و ٢٤٥، والطبراني في "الأوسط" (٣٣٩٠)، والخطيب في "الفصل للوصل المدرج" ٧٣٠/٢.

قال ابن عدي: لا أعلم رواه عن قتادة غير حماد بن الجعد والحكم بن عبد الملك. وقال في رواية الحكم: لا يتابعه عليه الثقات عن قتادة. وقال الطبراني: لم يروه عن قتادة إلا حماد وأبو مريم والحكم بن عبد الملك. قال ابن معين: ضعيف، ليس بشيء. وقال النسائي: ليس بالقوي. وحماد بن الجعد: قال ابن معين: ليس بشيء، ليس بثقة. وقال النسائي: ضعيف.

- وأبو مريم عبد الغفار بن القاسم: رافضي، ليس بثقة. قال ابن المديني: كان يضع الحديث وقال يحيى: ليس بشيء وقال البحاري: ليس بالقوي عندهم.

ورواه الخصب بن ناصح عن سليمان بن أبي سليمان القافلاتي يباع الأفعال عن محمد بن سيرين به. أخرجه ابن عدي ٢٦١/٣. وسليمان هذا: متروك، ليس بشيء، ومع ذلك قال ابن عدي: لا أرى بحديثه بأساً إذا روى عنه ثقة.

ورواه أبو بشر أحمد بن محمد الكندي بسنده عن عيسى بن عمار عن غزرة بن ثابت عن مطير السراق عن محمد بن سيرين عن أبي سلمة عن أبي هريرة به.

أخرجه الخطيب في "التاريخ" ٧٣/٥. وأبو بشر: لم يكن بثقة، وله من النسخ الموضوعة شيء كثير.

قال أبو نعيم: صاحب غرائب ومناكير، وقال الدارقطني: متروك يكذب.

ورواه سفيان الثوري ومالك وشعبة وعبد الرحمن بن أبي الزناد وأبو جعفر الرازي عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة به. أخرجه الشافعي في "السنن المأثورة" (٦٢٢)، وأحمد ٣٨٢/٢، والحميدي (١١١)، والنسائي في "الكبرى" في الركاك كما في "تحفة الأشراف" ١٩٨/١٠ [رواية ابن خيوة]، والدارمي (٢٣٧٩)، وأبو يعلى (٦٢٧٨)، وأبو عوانة (٦٣٦٨) و(٦٣٦٩)، والطحاوي في "شرح المعاني" ٢٠٤/٣، وأبو يعلى (٦٣٠٨)، والطبراني في "مسند الشاميين" (٣٢٦٦)، و"الأوسط" (٧٦٥٢)، والبيهقي في "معركة السنن" (١٦٣١٧). قال الطبراني: لم يروه عن أبي جعفر الرازي إلا عصمة بن المتوكل.

قال البيهقي في "معركة السنن والآثار" (٨٣٩٥): هكذا قال: عن مالك، وكذلك رواه الطحاوي عن المزني عن الشافعي، ورواية الربيع أشهر. وقال (١٧٥٦٩ و ١٧٥٧٣) في الضمان على الجاهل: قال أبو عبد الله [الحاكم]: هذا حديث غريب لمالك! ليس في "الموطأ"، ولا في المبسوط [لعله أراد الأم]. قال البيهقي: وهو في المبسوط في مسألة الركاك من حديث سفيان عن أبي الزناد ... مختصراً في الركاك، وهو المحفوظ.

ولم يقر به الربيع، بل رواه الطحاوي عن المزني عن الشافعي كما مر في "السنن المأثورة"، ورواه إبراهيم ابن محمد بن أيوب عن الشافعي به. أخرجه البيهقي في "معركة السنن والآثار" (١٧٥٧١).

قال الدارقطني: رواه ابن لهيعة عن جعفر بن ربيعة عن عراك بن مالك عن أبي هريرة. وخالفه الليث فرواه عن جعفر بن ربيعة عن عبد الرحمن بن هرمز الأعرج عن أبي هريرة.

ورواه ابن لهيعة أيضاً عن الأعرج عن أبي هريرة. وسئل [الدارقطني] عن سماع ابن لهيعة عن الأعرج، قال: قدّم الأعرج مبصر وابن لهيعة كثير.

ورواه عبيد الله عن إسرائيل عن أبي حصين عن أبي صالح عن أبي هريرة رضي الله عنه قال رسول الله ﷺ: ((العدل جبار، والبئر جبار، والعجماء جبار، وفي الركاك الخمس)).

أخرجه البحاري (٢٣٥٥) - باب من حفر بئراً في ملكه لم يضمن.

ورواه الوليد بن أبي ثور [ضعيف] عن عاصم عن أبي صالح به. أخرجه ابن عدي في "الكامل" ٧٧/٧ -

= ورواه عبد الرزاق وعبد الملك الصنعاني عن معمر عن همام عن أبي هريرة عن النبي ﷺ: ((والنار جبار)) أخرجه أحمد ٣١٩/٢، وأبو داود (٤٥٩٤) في الذيات - باب في النار تعدّي، والسائي في "الكبرى" [رواية ابن خيوة] (٥٧٨٩) في العارية - باب في الثابتة نصيب برجلها، وابن ماجة (٢٦٧٦) في الذيات - باب الجبار، والبيزاري في "البحر الزخار" ١/٢٣١، وأبو غوابة (٦٣٦٥) و(٦٣٦٦) و(٦٣٦٧)، والدارقطني في "السنن" ١٥٢/٣ - ١٥٣، و"العلل" (٢١٩٧)، وابن عدي في "الكامل" ٢٨١/٦، والسهمي في "تاريخ جرحان" (٦٣٢)، والبيهقي ٣٤٤/٨، وأخطابي في "غريب الحديث" ٦٠٠/١.

ونقل الدارقطني عن عبد الرزاق، قال معمر: لا أراه إلا وهماً. وعن أحمد بن حنبل: قوله في هذا الحديث: ليس بشيء لم يكن في الكسب، باطل ليس بصحيح. وقال أحمد: أهل اليمن يكتبون النار: (النير) ويكتبون: البير، يعني: مثل ذلك، يعني: فهو تصحيف، وإنما لقن عبد الرزاق: النار جبار.

قال أبو غوابة: كان يقال: غلط فيه عبد الرزاق، وإنما هو: (البير جبار)، ثم وافقه عليه عبد الملك عن معمر. قال ابن عبد البر ٢٦/٧: قال يحيى بن معين: أصله (البير جبار)، ولكنه صحفه معمر. قال أبو عمر: في قول ابن معين هذا نظر، لا يسلم له حتى يتضح.

ونقل ابن حجر في "فتح الباري" ٣١٨/١٢ - ٣١٩: عن ابن عبد البر نحو هذا، وزاد عنه: وليس بهذا تردّد أحاديث الثقات. ثم قال: ولا يعترض على الحفاظ الثقات بالاحتمالات، ويؤيد ما قال ابن معين اتفاق الحفاظ من أصحاب أبي هريرة على ذكر البر دون النار، وقد ذكر مسلم أنّ علامة المنكر في حديث المحدث أن يعمد إلى مشهور بكثرة الحديث والأصحاب فيأتي عنه بما ليس عندهم، وهذا من ذلك. ويؤيده أيضاً أنه وقع عند أحمد من حديث جابر بلفظ: (والجبار جبار)، وهي البر.

ورواه نصر بن باب حدثنا كثير بن زيد الأسلمي عن المطيب عن أبي هريرة قال رسول الله ﷺ: ((العجماء جبار...)) أخرجه ابن عدي ٣٦/٧. ونصر بن باب: ضعيف، ليس بشيء، وكذبه أبو خزيمة.

ورواه شعبة، وحماد بن سلمة، والربيع بن مسلم، كلهم عن محمد بن زياد الجمحي عن أبي هريرة به.

أخرجه البخاري (٦٩١٣) في الذيات - باب العجماء جبار، ومسلم (١٧١٠)، وأحمد ٣٨٦/٢ - ٤٠٦ و٤١٥ و٤١٦ و٤١٧ و٤٨٢، وإسحاق بن راهويه (٦٤)، وابن أبي شبة ٣٥٢/٦، وأبو غوابة (٦٣٥٢) و(٦٣٥٣)، والطحاوي في "شرح المعاني" ٢٠٤/٣، والبخاري في "المجدييات" (١١٢١)، والدارقطني ١٥٤/٣ و٢١٢، والبيهقي ١١٠/٨ و٣٤٣، وأخطابي في "الفصل للوصل المدرج من النقل" ٧٢٣/٢ - ٧٢٦، والإسماعيلي كما في "الفتح" لابن حجر ٣٢١/١٢. قال الدارقطني: زاد آدم عن شعبة قوله: الرجل جبار. وتفرّد به، وهو وهم، ولم يتابعه عليه أحد عن شعبة. ونقل البيهقي عن الدارقطني قال: قد روى هذا الحديث عن شعبة محمد بن جعفر غندر، وهو الحكم في حديث شعبة، ورواه معاذ بن معاذ العنبري، ومسلم بن إبراهيم، وأبو عمر الحوضي وغيرهم دون هذه الزيادة، وكذلك رواه الربيع بن مسلم عن محمد بن زياد دون هذه الزيادة.

- قال الخطيب: لم يذكر: ((الرَّحْلُ جَبَّار)) عن شعبة غير آدم بن أبي إياس، وباقي المتن محفوظ عنه. رواه عن شعبة يزيد بن هارون، وعبد الصمد بن عبد الوارث، وحفص بن عمر الحوضي، وعاصم بن علي، وعلي بن الجعد، وعبد الرحمن بن مهدي، ومحمد بن جعفر غندر، والنضر بن شميل، وعفان بن مسلم، وشعبة بن سوار، وقد روى شعبة الزيادة التي زادها آدم عنه عن غير محمد بن زياد عن أبي هريرة، رواها [آدم وغيره] في حديثه عن أبي قيس عبد الرحمن بن ثروان الأودي عن هزيل بن شرحبيل مرسلاً عن النبي ﷺ.

روى شعبة وسفيان الثوري عن أبي قيس عبد الرحمن بن ثروان الأودي عن هزيل بن شرحبيل عن النبي ﷺ مرسلاً. أخرجه عبد الرزاق (١٧٨٧٣) و(١٨٣٧٦)، وابن أبي شيبة ٣٥١/٦، والدارقطني ١٥٣/٣، والبيهقي ٣٤٤/٨، والخطيب في "الفصل" ٢٢٧/٢ - ٧٢٩. ثم قال البيهقي: هذا مرسلاً لا تقوم به الحجة.

قال البيهقي: إنما تعرف هذه اللفظة من حديث أبي قيس عبد الرحمن بن ثروان عن هزيل بن شرحبيل عن النبي ﷺ مرسلاً. ورواه قيس بن الربيع موصولاً بذكر ابن مسعود فيه. وقيس لا يحتج به، وأبو قيس غير قوي، فالحق أعلم اهـ.

قال ابن عبد البر في "المتهيد" ٢٥٠/٧: ورواه زياد بن عبد الله عن الأعمش عن أبي قيس عن هزيل بن شرحبيل عن أبي هريرة عن النبي ﷺ فوصله وأسنده. وليس زياد البكائي ممن يحتج به إذا خالفه مثل الثوري، وأبو قيس أيضاً ليس ممن يحتج به في حكم ينفرد به.

أخرجه الدارقطني في "الأفراد" كما في "أطراف الغرائب" ق ٢/٣٠٨، والخطيب في "الوصل" ٢/٧٢٨. وقال الدارقطني: غريب من حديث هزيل بن شرحبيل عنه، لم يروه عنه غير أبي قيس عبد الرحمن بن ثروان تفرد به زياد بن عبد الله البكائي عن الأعمش، واختلف عن أبي قيس في إسناد هذا الحديث، رواه محمد بن طلحة عنه عن هزيل عن عبد الله، قال: أظنه مرفوعاً، وهذا أيضاً غريب من حديث هزيل عن عبد الله، تفرد به محمد بن طلحة عنه. ورواه الثوري عن هزيل فارسه، وهو أصح من قول من وصله. وقال الخطيب: تفرد بروايته زياد البكائي عن الأعمش.

قال الدارقطني في "العلل" (٢١٩٨): ورواه غيره عن الأعمش عن أبي قيس عن هزيل مرسلاً. ورواه محمد بن طلحة بن مضر عن أبي قيس عن هزيل عن عبد الله بن مسعود قال: أظنه مرفوعاً. أخرجه الدارقطني في "السنن" ١٥٤/٣، والأفراد" كما في "أطراف الغرائب" ق ٢/٣٠٨، والخطيب في "الوصل" ٢/٧٢٩. وقال: وصله، وجعل مكان أبي هريرة عبد الله بن مسعود، تفرد محمد بن طلحة بروايته هكذا. قال الدارقطني: والمرسل هو الصواب في الروايتين.

قال الخطيب: وكلاهما أورد في حديثه ذكر الرحل، وقول من أرسله ولم يصله عن أبي قيس أصح. ورواه قيس بن الربيع موصولاً بذكر (عن عبد الله بن مسعود) فيه. قال: وقيس بن الربيع لا يحتج به. وروى حماد وعبد بن عباد عن مجاهد عن الشعبي عن جابر قال رسول الله: ((السنامة عقلها جبار، والبر [وفي رواية: والجلب] جبار، والمعدن جبار، وفي الركاز الخمس)).

= أخرجه أحمد ٣/٣٣٥ و ٣٥٣ و ٣٥٤، و البزار كما في "كشف الأستار" (٨٩٤)، وأبو يعلى (٢١٣٤)، وأبو عوانة (٦٣٧٤)، والطحاوي في "شرح معاني الآثار" ٣/٢٠٣.

قال البزار: لا نعلم رواه عن مجاليد إلا أهل البصرة حماد وأصحابه.

ورواه مجاليد عن الشعبي عن الحارث عن علي عن النبي ﷺ قال: ((المعدن جبار)).

ذكره ابن أبي حاتم في "العلل" (٦٢٠) و (١٣٩٧)، والدارقطني في "العلل" (٣٢٨).

قال أبو حاتم وأبو زرعة: هذا خطأ، إنما هو عن الشعبي عن جابر بن عبد الله عن النبي ﷺ، وهو الصحيح. قال الدارقطني: رواه عبيدة بن الأسود عن مجاليد عن الشعبي عن الحارث عن علي عن النبي ﷺ وخالفه حماد بن زيد وجرير بن حازم رواه عن مجاليد عن الشعبي عن جابر بن عبد الله عن النبي ﷺ. وقولهما أثبت وأشبه بالصواب.

ورواه ابن وهب عن شمر بن شعير يحدث عن حسين بن عبد الله عن أبيه عن جده عن علي أن رسول الله ﷺ قال: ((ما قتلت الجاهل فهو جبار)).

أخرجه ابن عدي ٤/٤٤، ثم قال: وأحاديث شمر منكروة وهو يحدث عن حسين بن عبد الله بن ضميرة، والحسين: في جملة الضعفاء، وشمر أحسن حالا من حسين هذا، وإن كانت أحاديثه منكروة.

ورواه فضيل بن سليمان التميمي البصري حدثنا موسى بن عقبة عن إسحاق بن يحيى بن الوليد بن عبادة عن عبادة بن الصامت قال: ((إن من قضاء رسول الله ﷺ أن المعدن جبار، والبر جبار، والعجماء جرحها جبار - والعجماء: البهيمة من الأنعام وغيرها، والجبار: هو الهذر الذي لا يعرف - وقضى في الركاز الخمس....)).

أخرجه وابن ماجه (٢٦٧٥) في الذيات - باب الجبار - وعبد الله بن أحمد ٥/٣٢٦، وأبو عوانة (٦٣٧٣)، وابن عدي ١/٣٤٠، و ١٩/٦، و ٢٠. وقضيل بن سليمان: قال ابن معين: ليس بفقير.

واسحاق بن يحيى: قال البخاري: أحاديثه معروفة، إلا أن إسحاق لم يلق عبادة، وقال ابن عدي: عامة أحاديثه غير معروفة.

ورواه خالد بن مخلد عن كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف عن أبيه عن جده نحوه.

أخرجه ابن ماجه (٢٦٧٤)، وابن عدي ٦/٥٨ و ٦٠، والطبراني ١٧/٦١.

وكثير: قال أحمد: منكرو الحديث، ليس يسنو شيئا، وتركه، وقال ابن معين: ليس بشيء، وكذب الشافعي وغيره، وقال ابن عدي: عامة ما يرويه لا يتابع عليه.

ورواه عبد الله بن بزيع عن الحسن بن عمار عن الحكم عن إبراهيم عن علقمة عن عبد الله عن النبي ﷺ قال: ((العجماء والمعدن جبار، والسائمة جبار، وفي الركاز الخمس)).

أخرجه الطبراني في "الكبير" ١٠/١٠٠٣٩. والحسن بن عمار: متروك.

بينما رواه أبو حنيفة رحمه الله: حدثنا حماد [بن أبي سليمان] عن إبراهيم عن النبي ﷺ به، وفيه: ((والرجل جبار)). أخرجه محمد بن الحسن الشيباني في "الحجة على أهل المدينة" ١/٣٧ - ٤٤٠.

(أو) شرطاً (لإمكان الاستيفاء نحو: **إِنْ قَدِمَ زَيْدٌ** فعليّ ما عليه مِنَ الدَّيْنِ، وهو معنى قوله: (وهو) أي: **وَالْحَالُ أَنْ زَيْدًا** (مكفول عنه) أو **مُضَارِبُهُ**، أو **مُودَعُهُ**، أو **غَاصِبُهُ** جازت الكفالة المتعلقة **بِقُدُومِهِ**؛ لتوسُّلِهِ للأداء، (أو) شرطاً (لتعذُّرِهِ) أي: الاستيفاء (نحو: **إِنْ غَابَ زَيْدٌ عَنِ الْمِصْرِ** فعليّ،).

[٢٥٥٢٥] (قوله: أو شرطاً لإمكان الاستيفاء إلخ) أي: لسهولة تمكّن الكفيل من استيفاء المال من الأصيل، قال في "الفتح" ^(١): ((**فَإِنْ قُدُومُهُ سَبَبٌ مُوَصِّلٌ لِلْإِسْتِيفَاءِ مِنْهُ**)).

[٢٥٥٢٦] (قوله: وهو معنى قوله) أي: ما ذُكِرَ مِنْ كَوْنِ التَّقْدِيرِ ((فعليّ ما عليه مِنَ الدَّيْنِ)) هو معنى قوله: ((وهو مكفول عنه)).

[٢٥٥٢٧] (قوله: أو مُضَارِبُهُ) الضَّمِيرُ فِيهِ وفيما بعده يرجع إلى المكفول عنه. اهـ.

"ح" ^(٢). وقد أفاد أنه لا بدّ أن يكون قُدُومُ زَيْدٍ وسيلةً للأداء في الجملة وإن لم يكن أصيلاً، بخلاف ما إذا كان أجنبيّاً من كلّ وجه، وهذا ما حققه في "النهر" ^(٣)، و"الرملّي" في حاشية "البحر" ردّاً على ما فهمه في "البحر" ^(٤).

قلت: ومن أمعن النظر في كلام "البحر" لم يجدّه مخالفاً لذلك، بل مراده ما ذُكِرَ، فإنه ذكرَ أولاً أنّ كلامَ "القنية" ^(٥) شاملٌ لكون زَيْدٍ أجنبيّاً، ثمّ قال ^(٦): ((وَالْحَقُّ أَنَّهُ لَا يَلْزَمُ أَنْ يَكُونَ مكفولاً عنه؛ لِمَا فِي "البدائع" ^(٧): لَأَنَّ قُدُومَهُ وَسِيلَةٌ إِلَى الْأَدَاءِ فِي الْجُمْلَةِ؛ لَجَوَازِ أَنْ يَكُونَ مكفولاً عنه أو مُضَارِبُهُ ^(٨))). اهـ. ثمّ قال ^(٩): ((وعبارة "البدائع" أزالَتِ اللَّبْسَ وَأَوْضَحَتْ كُلَّ تَحْمِينٍ وَحَسَنٍ)) اهـ. فهذا ظاهرٌ في أنّه لم يردّ الأجنبيّ من كلّ وجه، تأمل.

(١) "الفتح": كتاب الكفالة ٣٠١/٦.

(٢) "ح": كتاب الكفالة ق ٣٠٤/١/٣. بتصرف.

(٣) "النهر": كتاب الكفالة ق ٤١٧/٤/١ - ب.

(٤) "البحر": كتاب الكفالة ٢٣٩/٦.

(٥) "القنية": كتاب الكفالة - باب تعليق الكفالة إلخ ق ١٥٦/١ - ب.

(٦) "البحر": كتاب الكفالة ٢٣٩/٦ - ٢٤٠.

(٧) "البدائع": كتاب الكفالة ٤/٦.

(٨) في مطبوعة "البدائع": ((مُضَارِبُهُ))، ولعله خطأ.

(٩) "البحر": كتاب الكفالة ٢٤٠/٦.

وأمثلته كثيرة. فهذه جملة الشروط التي يحوزُ تعليق^(١) الكفالة بها.

[٢٥٥٢٨] (قوله: وأمثلته كثيرة) منها ما في "الدراية": ((ضمنتُ كلَّ ما لك على فلانٍ إن توي، وكذا: إن مات ولم يدع شيئاً فأنا ضامنٌ، وكذا: إن حلَّ ما لك على فلانٍ ولم يوافك به فهو عليّ، وإن حلَّ ما لك على فلانٍ، أو: إن مات فهو عليّ)). وقدّمنا عن "الحانية"^(٢): ((إن غاب ولم أوافك به فأنا ضامنٌ لما عليه، فهذا على أن يوافي به بعد الغيبة)). وعن "محمّد": إن لم يدفع مدّيونك، أو: إن لم يقضيه فهو عليّ. ثم إنَّ الطالبَ تقاضى المطلوب فقال المديُون: لا أدفعه ولا أقضيه وجبَ على الكفيل السّاعة. وعنه أيضاً: إن لم يعطيك فأنا ضامنٌ، فماتَ قبل أن يتقاضاه ويعطيه بطلَ الضّمان، ولو بعد التقاضي قال: أنا أعطيتك فإن أعطاه مكانه أو ذهبَ به إلى السوق أو منزله وأعطاه جاز، وإن طال ذلك ولم يعطيه لزم الكفيل. وفي "القنية"^(٣): ((إن لم يؤدِّ فلانٌ ما لك عليه إلى ستّة أشهرٍ فأنا ضامنٌ له يصحُّ التعليق؛ لأنّه شرطٌ متعارفٌ))، "نهر"^(٤).

قلت: ويقع كثيراً في زماننا: إن راح لك شيءٌ عنده فأنا ضامنٌ، وهذا معنى قوله المار^(٥): ((إن توي))، أي: هلك، وسيأتي^(٦) في الحوالة أنَّ التوى عند "الإمام" لا يتحقّق إلا بموته مُفلساً.

(قوله: منها ما في "الدراية": ضمنتُ كلَّ ما لك على فلانٍ إلخ) الأمثلة ليس كلُّ منها فيه التعليق بشرط تعذر الاستيفاء، بل بعضها كذلك وبعضها لا، بل ليس من الأمور الثلاثة، وحينئذٍ يظهر أنَّ المناسب إطلاق صَحّة التعليق باللائم بدون تقييده بهذه الثلاثة.

(١) في "د": ((تعلّق)).

(٢) "الحانية": كتاب الكفالة والحوالة - مسائل في نفس المكفول به ٥٩/٣ (هامش "فتاوى الهندية").

(٣) "القنية": كتاب الكفالة - باب تعليق الكفالة بشرط إلخ ق ١٥٦/ب، نقلاً عن برهان الدين صاحب "المحيط".

(٤) "النهر": كتاب الكفالة ق ٤١٧/ب باختصار.

(٥) في هذه المقولة.

(٦) ص ٢٢٣ - وما بعدها "در".

(ولا تصيح) إن عُلِّقْتُ (ب) غير مُلائمٍ (نحو: إن هَبَّتِ الرِّيحُ أو جاءَ المطرُ) لأنه تعليقٌ بالخطَرِ، فَيَبْطُلُ ولا يلزمُ المالُ،

مطلبٌ في تعليقِ الكفالةِ بشرطٍ غيرِ مُلائمٍ وفي تأجيلها

[٢٥٥٢٩] (قوله: ولا تصيحُ إن عُلِّقْتُ بغيرِ مُلائمٍ إلخ) اعْلَمْ أَنَّ هَاهُنَا مَسْأَلَتَيْنِ، إحداهما: تأجيلُ الكفالةِ إلى أجلٍ مجهولٍ، فَإِنْ كَانَ [١٧١/٣] ب/ مجهولاً جهالةً مُتَفَاحِشَةً كَقَوْلِهِ: كَفَلْتُ لَكَ بَرِيدِي، أَوْ: كَفَلْتُ بِمَا لَكَ^(١) عَلَيْهِ، إِلَى أَنْ يَهْبِ الرِّيحُ، أَوْ: إِلَى أَنْ يَجِيءَ المَطَرُ لَا يَصِحُّ، وَلَكِنْ تَثْبُتُ الكفالةُ وَيَبْطُلُ الأجلُ. ومثله: إِلَى قُنُومِ زَيْدٍ وَهُوَ غَيْرُ مَكْفُولٍ بِهِ، وَإِنْ كَانَ مَجْهُولاً جهالةً غَيْرَ مُتَفَاحِشَةٍ مِثْلَ: إِلَى الخَصَادِ، أَوِ الدِّيَاسِ، أَوِ المَهْرَجَانِ، أَوِ العَطَاءِ، أَوْ صَوْمِ النَّصَارَى جَازَتْ الكفالةُ والتَّأجيلُ، وكذلك الحَوَالَةُ. ومثله: إِلَى أَنْ يَقْدَمَ المَكْفُولُ بِهِ مِنْ سَفَرِهِ، صَرَّحَ بِذَلِكَ كُلُّهُ فِي "كَافِي الحَاكِمِ"، وَكَذَا فِي "الْفَتْحِ"^(٢) وَغَيْرِهِ بِلَا حِكَايَةٍ خِلَافٍ، وَهَذَا لَا نَزَاعَ فِيهِ.

المسألةُ الثَّانِيَةُ: تعليقُ الكفالةِ بالشرطِ، وَهَذَا لَا يَخْلُو إمَّا أَنْ يَكُونَ شَرْطاً مُلَائِمًا أَوْ لَا، ففِي الْأَوَّلِ تَصِحُّ الكفالةُ والتَّعليقُ وَقَدْ مَرَّ^(٣)، وَفِي الثَّانِي - وَهُوَ التَّعليقُ بشرطٍ غيرِ مُلائمٍ مِثْلُ أَنْ يَقُولَ: إِذَا هَبَّتِ الرِّيحُ، أَوْ: إِذَا جَاءَ المَطَرُ، أَوْ: إِذَا قَدِمَ فُلَانٌ الأَجْنَبِيُّ فَأَنَا كَفِيلٌ بِنَفْسِ فُلَانٍ، أَوْ: بِمَا لَكَ عَلَيْهِ - فَالْكَفَالَةُ بَاطِلَةٌ كَمَا نَقَلْنَاهُ فِي "الْفَتْحِ"^(٤) عَنْ "المَبْسُوطِ"^(٥) وَ"الْحَانِيَّةِ"^(٦)، وَصَرَّحَ بِهِ أَيْضاً فِي "النِّهَايَةِ" وَ"المَعْرَاجِ" وَ"العِنَايَةِ"^(٧) وَ"شرحِ الوَقَايَةِ"^(٨)، وَمِثْلُهُ فِي "أَجْنَاسِ النَّاطِفِيِّ" حَيْثُ قَالَ: ((كُلُّ مَوْضِعٍ أَضَافَ الضَّمَانَ إِلَى مَا هُوَ سَبَبٌ لِلزُّومِ المَالِ فَذَلِكَ جَائِزٌ، وَكُلُّ مَوْضِعٍ

(١) فِي "م": ((عَلَهُ))، وَهُوَ خَطَأٌ.

(٢) "الْفَتْحُ": كِتَابُ الكِفَالَةِ ٣٠٢/٦.

(٣) المَقُولَةُ [٢٥٥١٦] قَوْلُهُ: ((أَوْ عُلِّقْتُ بِشَرْطٍ صَرِيحٍ)) وَمَا بَعْدَهَا.

(٤) "الْفَتْحُ": كِتَابُ الكِفَالَةِ ٣٠٢/٦.

(٥) "المَبْسُوطُ": كِتَابُ الكِفَالَةِ - بَابُ الكِفَالَةِ بِمَا لَا يَجُوزُ ١٠٣/٢٠ بِتَصْرِفٍ.

(٦) "الْحَانِيَّةُ": كِتَابُ الكِفَالَةِ وَالحَوَالَةُ ٥٣/٣ بِاخْتِصَارِ (هَامِشِ "الْفَتَاوَى الهِنْدِيَّةِ").

(٧) "العِنَايَةُ": كِتَابُ الكِفَالَةِ ٣٠٢/٦ (هَامِشُ "فَتْحِ القَدِيرِ").

(٨) "شرحِ الوَقَايَةِ": كِتَابُ الكِفَالَةِ ٥٢/٢ (هَامِشُ "كَشْفِ الحَقَائِقِ").

أضاف الضَّمانَ إلى ما ليس بسببِ لزومِ فذلك الضَّمانُ^(١) باطلٌ كقولهِ: **إِنْ هَبَّتِ الرِّيحُ فَمَا لَكَ عَلَى فُلَانٍ فَعَلِيٌّ**)) اهـ. وحزَمَ بذلك "الزَّيلعي"^(٢) وصاحبُ "البحر"^(٣) و"النَّهر"^(٤) و"المنح"^(٥)، ولكنْ وَقَعَ فِي كَثِيرٍ مِنَ الْكُتُبِ أَنَّهُ يَبْطُلُ التَّعْلِيقُ وَتَصَحُّ الْكِفَالَةُ وَيَلْزَمُ الْمَالُ حَالًا، مِنْهَا: "حاشية الهداية"^(٦) لِلْحَبَّازِيِّ "وَعَايَةِ الْبَيَانِ" وَكَذَا "الْكِفَايَةُ" لِـ "الْبَيْهَقِيِّ" حَيْثُ قَالَ: ((فَإِنْ قَالَ: إِذَا هَبَّتِ الرِّيحُ، أَوْ: دَخَلَ زَيْدٌ الدَّارَ فَالْكِفَالَةُ حَائِزَةٌ وَالشَّرْطُ بَاطِلٌ وَالْمَالُ حَالٌ))، وَكَذَا فِي "شرح العيون لأبي الليث"^(٧) و"المختار"^(٨). وَوَقَعَ اخْتِلَافٌ فِي نُسْخِ "الهِدَايَةِ" وَنُسْخِ "الْكُتُبِ"، فَفِي بَعْضِهَا كَالْأَوَّلِ، وَفِي بَعْضِهَا كَالثَّانِي^(٩)، وَقَدْ مَالَ إِلَى الثَّانِي الْعَلَامَةُ "الطَّرَسُوسِي" فِي "أَنْفَعُ الْوَسَائِلِ"^(١٠) وَأَرْجَعَ مَا مَرَّ^(١١) عَنْ "الْحَانِيَّةِ" وَغَيْرِهَا إِلَيْهِ. وَرَدَّ عَلَيْهِ الْعَلَامَةُ "الشَّرَنْبِلَالِي" فِي رِسَالَةٍ خَاصَّةٍ^(١٢) وَادَّعَى أَنَّ مَا فِي "الْحَبَّازِيَّةِ"^(١٣) مُؤَوَّلٌ وَأَرْجَعَهُ إِلَى مَا فِي "الْحَانِيَّةِ" وَغَيْرِهَا، وَرَدَّ أَيْضًا^(١٤) عَلَى قَوْلِ "الدَّرَرِ"^(١٥): ((إِنَّ فِي الْمَسْأَلَةِ قَوْلَيْنِ)).

(١) ((الضمان)) ليست في "م".

(٢) "تبيين الحقائق": كتاب الكفالة ١٥٤/٤.

(٣) "البحر": كتاب الكفالة ٢٤٠/٦ - ٢٤١.

(٤) "النهر": كتاب الكفالة ٤١٧/ب.

(٥) "المنح": كتاب الكفالة ٤٦٢/ب.

(٦) وهي حواشي لأبي عماد عمر بن محمد الحبَّازي (ت ٦٩١هـ)، وتقدمت ترجمتها ٣٧٤/١.

(٧) السمي "حصر المسائل وقصر الدلائل" لأبي الفتح محمد بن عبد الحميد، علاء الدين الأسمُندِي السمرقندي المعروف بالعلاء

العالم (ت ٥٥٢هـ) وهو شرح "عيون المسائل" لأبي الليث السمرقندي (ت ٣٧٣هـ). انظر "كشف الظنون" ١١٨٧/٢،

"الجواهر المضية" ٢٠٨/٣، "الأعلام" ١٨٧/٦.

(٨) انظر "الاختيار": كتاب الكفالة ١٧١/٢.

(٩) الذي في نسختنا من "الهداية" و"الكنز" هو القول الثاني. انظر "الهداية": كتاب الكفالة ٩٠/٣، و"شرح العيني

على الكنز": كتاب الكفالة ٧٢/٢.

(١٠) "أففع الوسائل": مسألة الكفالة المعلّقة بالشروط وتحرير الكلام فيها ص ٢٧٩ - ٢٨٠.

(١١) في هذه المقولة.

(١٢) هي الرسالة السادسة والثلاثون السمّاء: "بسط المقالة في تحقيق تأجيل وتعليق الكفالة" ق ٢٣١/ب (ضمن "رسائل

الشرنبلالي"). ("إيضاح المكنون" ١٨٢/١، "فهرس مخطوطات الظاهرية" - الفقه الحنفي ١٧٤/١).

(١٣) في "الأصل": ((الحانية))، وهو تعريف.

(١٤) "الشرنبلالية": كتاب الكفالة ٢٩٩/٢ (هامش "الدور والغرر").

(١٥) "الدور والغرر": كتاب الكفالة ٢٩٩/٢ بتصرف.

وما في "الهداية" سهوٌ كما حرره "ابن الكمال". نعم لو جعله أجلاً صحّت ولزم المأل للحال، فليحفظ. (ولا تصح أيضاً بجهالة المكفول عنه).....

أقول: والإنصاف ما في "الدُرر"؛ لأن ارتكاب تأويل هذه العبارات وإرجاع بعضها إلى البعض يحتاج إلى نهاية التكلف والتعسف، والأولى اتباع ما مشى عليه جمهور "شراح الهداية"^(١) و"شراح الكنز"^(٢) وغيرهم تبعاً لـ "المبسوط" و"الخانية" من بطلان الكفالة.

(٢٥٥٣٠) (قوله: وما في "الهداية") حيث قال: ((لا يصح التعليق بمجرّد الشرط كقوله: إن هبت الريح أو جاء المطر، إلا أنه تصح الكفالة ويحب المأل حالاً؛ لأن الكفالة لمّا صحّ تعليقها بالشرط لا تبطل بالشرط الفاسدة كالطلاق والعاق))، وتبعه صاحب "الكافي"، لكن في بعض نسخ "الهداية"^(٣) بعد قوله: ((أو جاء المطر)): ((وكذا إذا جعل واحداً منها أجلاً))، وحينئذ فقولُه: ((إلا أنه تصح الكفالة إلخ)) راجع إلى مسألة الأجل فقط، ولا ينافيه قوله: ((لأن الكفالة لمّا صحّ تعليقها بالشرط إلخ))؛ لأن المراد به الشرط الملائم، وقد أطال الكلام على تأويل عبارة "الهداية" في "البحر"^(٤) و"النهر"^(٥) وغيرهما.

٢٦٦/٤

(٢٥٥٣١) (قوله: نعم لو جعله أجلاً) أي: بأن قال: إلى هبوب الريح أو مجيء المطر ونحوه ممّا هو مجهول جهالة متفاحشة، فيبطل التأجيل وتصح الكفالة، بخلاف ما كانت جهالته غير متفاحشة كالخصاد ونحوه، فإنها تصح إلى الأجل كما قدّمناه^(٦) آنفاً.

(قوله: والإنصاف ما في "الدُرر"؛ لأن ارتكاب تأويل هذه العبارات وإرجاع بعضها إلى البعض يحتاج إلى نهاية التكلف إلخ) لا يظهر وجه للقول بصحة الكفالة وبطلان التعليق، فإنه يخرج العلة عن العلّة، فالمتعّن إرجاع الثاني إلى الأوّل.

(١) انظر كتاب الكفالة في "النباية": ٥٦٢/٧، و"الفتح": ٣٠٢/٦، و"الغنية": ٣٠١/٦، و"الكفالة": ٣٠٢/٦ - ٣٠٣.

(٢) انظر "شرح المعنى على الكنز": كتاب الكفالة ٧٢/٢، و"تبيين الحقائق": كتاب الكفالة ١٥٤/٤، و"البحر": كتاب الكفالة ٢٤١/٦.

(٣) ومنها النسخة التي بين أيدينا: كتاب الكفالة ٩٠/٣.

(٤) انظر "البحر": كتاب الكفالة ٢٤١/٦.

(٥) انظر "النهر": كتاب الكفالة ق ٤١٧/ب.

(٦) المقولة [٢٥٥٢٩] قوله: ((ولا تصح إن علقت بغير ملائم إلخ)).

في تعليق وإضافة، لا تخيير ك: كَفَلْتُ بِمَا لَكَ عَلَى فُلَانٍ أَوْ فُلَانٍ فَتَصَحَّحُ،

[٢٥٥٣٢] (قوله: في تعليق) نحو: إِنَّ غَضَبَكَ إِنْسَانٌ شَيْئاً فَأَنَا كَفَيْلٌ. اهـ "ح" (١). وَيُسْتَنَى مِنْهُ مَا سَيَأْتِي مَتْنًا آخِرَ الْبَابِ (٢)، وهو ما لو قال له: اسْلُكْ هَذَا الطَّرِيقَ الْخ، وسَيَأْتِي (٣) بَيَانُهُ. [٢٥٥٣٣] (قوله: وإضافة) نحو: مَا ذَابَ لَكَ عَلَى النَّاسِ فَعَلِيَّ. اهـ "ح" (٤). وَقَدْ صَرَّحَ أَيْضاً فِي "الْفَتْح" (٥): ((بأنه من جهالة المضمون في الإضافة)).

قُلْتُ: وَوَجْهُهُ أَنَّ ((ما ذاب)) ماضٍ أُريدَ به المستقبلُ كما يَأْتِي (٦)، فكان مُضَافاً إِلَى الْمُسْتَقْبَلِ مَعْنًى، وَعَنْ هَذَا جَعَلَ فِي [١٧٢ق/٣] "الفصول العمادية" المعلقَ مِنَ الْمُضَافِ؛ لِأَنَّ الْمَعْلُقَ وَاقِعٌ فِي الْمُسْتَقْبَلِ أَيْضاً. وَقَدْ مَنَّا (٧) أَنَّهُ فِي "الهداية" جَعَلَ: ((ما بايعت فلاناً)) مِنَ الْمَعْلُقِ؛ لِأَنَّهُ فِي حُكْمِهِ مِنْ حَيْثُ وَقُوعُ كُلِّ مِنْهُمَا فِي الْمُسْتَقْبَلِ، وَبِهِ ظَهَرَ أَنَّ كِلَا مِنْهُمَا يُطْلَقُ عَلَى الْآخِرِ نَظَرًا إِلَى الْمَعْنَى، وَأَمَّا بِالنَّظَرِ إِلَى اللَّفْظِ فَمَا صُرِّحَ فِيهِ بِأَدَاةِ الشَّرْطِ فَهُوَ مُعْلَقٌ وَغَيْرُهُ مُضَافٌ، وَهُوَ الْأَوْضَحُ، فَلَذَا غَايَرَ بَيْنَهُمَا تَبَعاً لـ "الفتح"، فَافْهَمْ.

[٢٥٥٣٤] (قوله: لا تخيير) بالخاء المعجمة، وَسَمَاءُ تَخْيِيرًا لِكَوْنِ الْمَكْفُولِ (٨) لَهُ مُحْضَرًا كَمَا ذَكَرَهُ، لَكِنَّ الْوَاقِعَ فِي عِبَارَةِ "الفتح" (٩) وَغَيْرِهِ: ((تخيير)) بِالْجِيمِ وَالزَّيِّ، وَهُوَ الْأَصُوبُ؛ لِأَنَّ الْمُرَادَ بِهِ الْحَالُ الْمَقَابِلُ لِلتَّعْلِيقِ وَالْإِضَافَةِ الْمُرَادَ بِهِمَا الْمُسْتَقْبَلُ، وَوَجْهُ حَوَازِ جِهَالَةِ الْمَكْفُولِ عَنْهُ فِي التَّنْجِيزِ دُونَ التَّعْلِيقِ - كَمَا فِي "الفتح" (٩) -: ((أَنَّ الْقِيَاسَ يَأْتِي حَوَازَ إِضَافَةِ الْكِفَالَةِ؛ لِأَنَّهَا تَعْلِيكٌ

(١) "ح": كتاب الكفالة ق ٣٠٤/ب.

(٢) ص ١٨٢ - "در".

(٣) المقولة [٢٥٧٣٩] قوله: ((فإنه أمر)) وما بعدها.

(٤) "ح": كتاب الكفالة ق ٣٠٤/ب باختصار.

(٥) "الفتح": كتاب الكفالة ٣٠٠/٦.

(٦) المقولة [٢٥٥٤١] قوله: ((أي: ما ثبت)).

(٧) المقولة [٢٥٥١٦] قوله: ((أو عُلِّقَ بشرط صريح)).

(٨) ((المكفول)) ساقطة من "الأصل".

(٩) "الفتح": كتاب الكفالة ٣٠٠/٦.

والتَّعْيِينَ للمكفُولِ له؛ لأنَّه صاحبُ الحَقِّ، (ولا بجهالةِ المكفُولِ له) وبه

في حَقِّ الطَّالِبِ، وإنَّما جُوزَتْ استحساناً للتَّعاملِ، والتَّعاملُ فيما إذا كان المكفُولُ عنه معلوماً، فبقيَ المجهُولُ على القياسِ)).

[٢٥٥٣٥] (قوله: والتَّعْيِينَ للمكفُولِ له؛ لأنَّه صاحبُ الحَقِّ) كذا في "البحر" ^(١) عند قوله: ((وبالمالِ ولو مجهولاً))، وتَبَعُهُ في "النَّهر" ^(٢)، لكنَّ جَعَلَ في "الفتح" ^(٣) الخيارَ للكفيلِ، ونَصَّهُ: ((ولو قال لرجلٍ ^(٤): كَفَلْتُ بما لَكَ على فُلانٍ أو ما لَكَ على فُلانٍ رجُلٍ آخَرَ جازاً؛ لأنَّها جهالةُ المكفُولِ عنه في غيرِ تعليلٍ، ويكونُ الخيارُ للكفيلِ)) اهـ. ومثلهُ ما في "كافي الحاكم": ((لو قال: أنا كفيلٌ بفلانٍ أو فُلانٍ كان جائزاً يدفعُ أيُّهما شاءَ الكفيلُ فيبرأُ عن الكفالةِ))، ثُمَّ قال: ((وإذا كَفَلَ بنفسِ رجُلٍ أو بما عليه وهو مائةُ درهمٍ كان جائزاً، وكان عليه أيُّ ذلك شاءَ الكفيلُ، وأَيُّهما دَفَعَ فهو بريء)) اهـ. وبه عَلِمَ أنَّ ما هنا قولُ آخَرُ أو سَبْقُ قَلَمٍ.

[٢٥٥٣٦] (قوله: ولا بجهالةِ المكفُولِ له) يُسْتَنَى منه الكفالةُ في شُرْكةِ المفادضة، فإنَّها تَصِحُّ مع جهالةِ المكفُولِ له؛ لِثُبُوتِها ضمناً لا صريحاً كما ذَكَرَهُ في "الفتح" ^(٥) من كتابِ الشُّرْكةِ.

[٢٥٥٣٧] (قوله: وبه) أي: ولا تَصِحُّ بجهالةِ المكفُولِ به، والمرادُ هنا النَّفْسُ لا المالُ؛ لِما تقدَّمَ ^(٦) من أنَّ جهالةَ المالِ غيرُ مانعةٍ من صحَّةِ الكفالةِ، والقرينةُ على ذلك الاستدراكُ. اهـ "ح" ^(٧).

قلت: والظاهرُ أنَّ المانعَ هنا جهالةُ مُتفاحشةٍ لِما عَلِمَتْ آنفاً من قولِ "الكافي": ((لو قال: أنا كفيلٌ بفلانٍ أو فُلانٍ جازاً))، تأمَّلْ.

(١) "البحر": كتاب الكفالة ٢٣٥/٦.

(٢) "النهر": كتاب الكفالة ق ٤١٦/ب.

(٣) "الفتح": كتاب الكفالة ٣٠٠/٦.

(٤) في النسخ جميعها: ((رجلٍ))، وما أُنْتَهاه من "الفتح".

(٥) "الفتح": كتاب الشركة - فصل: لا تتعدد الشركة إلخ ٣٩٦/٥.

(٦) ص ٧٤- وما بعدها "در".

(٧) "ح": كتاب الكفالة ق ٣٠٤/ب.

مطلقاً. نَعَمْ لو قال: كَفَلْتُ رجلاً أَعْرِفُهُ بوجهه لا باسمه جازاً، وأَيُّ رجلٍ أتى به وحَلَفَ أَنَّهُ هو بَرِيٌّ، "بَرَايَةً"^(١). وفي "السَّرَاجِيَّة"^(٢): ((قال لضيفه وهو يخافُ على دَائِيهِ مِنَ الذَّنْبِ: إِنَّ أَكَلَ الذَّنْبِ حِمَارَكَ فَأَنَا ضَامِنٌ فَأَكُلُهُ الذَّنْبُ لَمْ يَضْمَنْ)) (نحو: ما ذَابَ) أي: ما ثَبَتَ (لك على النَّاسِ أو) على (أحدٍ مِنْهم فعلياً).....

[٢٥٥٣٨] (قوله: مُطلقاً) أي: سواء كانت في تعليقٍ، أو إضافةٍ، أو تنجيزٍ، قال في "الفتح"^(٣): ((والحاصلُ أَنَّ جهالةَ المكفُولِ له تَمْنَعُ صحَّةَ الكفالةِ مُطلقاً، وجهالةَ المكفُولِ به لا تَمْنَعُها مُطلقاً، وجهالةَ المكفُولِ عنه في التعليقِ والإضافةِ تَمْنَعُ صحَّةَ الكفالةِ، وفي التَّنْجِيزِ لا تَمْنَعُ)) اهـ. ومرادُه بالمكفُولِ به المالُ عكسَ ما في "الشرح".

[٢٥٥٣٩] (قوله: جازاً) لأنَّ الجهالةَ في الإقرار لا تَمْنَعُ صحَّتَهُ، "بحر"^(٤) عن "البَرَازِيَّة"^(٥). وذكر^(٦) عنها^(٧) أيضاً: (لو شهدا^(٨) على رجلٍ أَنَّهُ كَفَلَ بنفسِ رجلٍ نَعْرِفُهُ^(٩) بوجهه إِنْ جاء به لكن لا نَعْرِفُهُ باسمه جازاً).

[٢٥٥٤٠] (قوله: لَمْ يَضْمَنْ) لأنَّ فَعْلَهُ جُبَارٌ كما مرَّ^(١٠) في: ((إِنْ أَكَلْتَ سَبْعَ)).
[٢٥٥٤١] (قوله: أي: ما ثَبَتَ) قال في "المنصورية"^(١١): ((الذَّنْبُ وَالزُّورُ يُرَادُ بِهِمَا الْقَضَاءُ، فما لَمْ يُقْضَ بِالْمَكْفُولِ به بعدَ الكفالةِ على المكفُولِ عنه لا يلزَمُ الكفيلَ، وهذا في غيرِ

(١) "البَرَازِيَّة": كتاب الكفالة - الفصل الخامس في تكفيل الحاكم ٢٣/٦ بتصرف (هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) "الفتاوى السراجية": كتاب الكفالة - باب الكفالة بالمال ٣٢٥/٢ (هامش "الفتاوى الخانية").

(٣) "الفتح": كتاب الكفالة ٣٠٠/٦.

(٤) "البحر": كتاب الكفالة ٢٣٥/٦.

(٥) "البَرَازِيَّة": كتاب الكفالة - الفصل الخامس في تكفيل الحاكم ٢٣/٦ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٦) "البحر": كتاب الكفالة ٢٣٥/٦.

(٧) "البَرَازِيَّة": كتاب الكفالة - الفصل الخامس في تكفيل الحاكم ٢٣/٦ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٨) في "م": ((شهد))، وهو تحريف.

(٩) في مطبوعة "البَرَازِيَّة": ((يعرفه)) بالياء.

(١٠) المقولة [٢٥٥٢٤] قوله: ((بِخلافِ إِنْ أَكَلْتَ سَبْعَ)).

(١١) تقدمت ترجمتها ٥٣٦/١.

مثالٌ للأوّل، ونحوه: ما بايعتَ به أحداً من الناس، "معين المفتي"^(١) (أو: ما ذابَ) عليك (للناسِ أو لأحدٍ منهم عليك فعليّ) مثالٌ للثاني، (ولا) تصيحُ (بنفسِ حدٍّ وقصاصٍ) لأنّ النيابة لا تجري في العقوبات، (ولا بحملِ دأبةٍ مُعيّنة مُستأجرةٍ له، وخدمةٍ عبدٍ مُعيّنٍ مُستأجرٍ لها) أي: للخدمة؛

عُرفَ أهلُ الكوفة، أمّا عُرِفْنَا فالذّوبُ والزلزومُ عبارةٌ عن الوُجوبِ فيحبُّ المالُ وإن لم يُقَضَّ به)). اهـ "ط"^(٢). وهذا - أي: ما ذابَ - ماضٍ أُريدَ به المستقبلُ كما في "الهداية"^(٣)، وسيدُ كُرّه "الشارح"^(٤) أيضاً، أي: لأنّه في معنى الشرط كما تقدّم^(٥)، فلا يلزمُ الكفيلُ ما لم يُقَضَّ به على الأصلِ بعدَ الكفالة، لكنّه هنا لا يلزمُ شَيْءٌ؛ لجهالةِ المكفولِ عنه.

[٢٥٥٤٢] (قوله: مثالٌ للأوّل) وهو جهالةُ المكفولِ عنه.

[٢٥٥٤٣] (قوله: ونحوه: ما بايعتَ إلخ) أي: هو مثالٌ للأوّل أيضاً.

[٢٥٥٤٤] (قوله: مثالٌ للثاني) أي: جهالةُ المكفولِ له.

[٢٥٥٤٥] (قوله: ولا تصيحُ بنفسِ حدٍّ وقصاصٍ) أمّا لو كَفَلَ بنفسِ مَنْ عليه الحدُّ تصيحُ، لكنّ هذا في الحدودِ التي فيها للعبادِ حقٌّ كحدِّ القذفِ، بخلافِ الحدودِ الخالصةِ كما تقدّم^(٦) بيانه.

[٢٥٥٤٦] (قوله: مُستأجرةٍ له) أي: للحمل.

(قوله: فلا يلزمُ الكفيلُ ما لم يُقَضَّ إلخ) إنّما يظهرُ على الأوّلِ لا الثاني.

(١) في "ب" و"م": ((الفتوى)) وما أثبتاه "د" و"و" هو الاسم الذي عرف به الكتاب للمصنف التمرتاشي كما في مصادر ترجمته، واسم الكتاب كاملاً "معين المفتي على جواب المستفتي". انظر "كشف الظنون" ١٧٤٦/٢ و"خلاصة الأثر" ١٨/٤.

(٢) "ط": كتاب الكفالة ١٥٣/٣.

(٣) "الهداية": كتاب الكفالة ٩٠/٣.

(٤) في هذه الصحيفة "در".

(٥) المقولة [٢٥٥٣٣] قوله: ((وإضافة)).

(٦) المقولة [٢٥٤٦١] قوله: ((وظاهرُ كلايهما)) وما بعدها.

لأنه يلزم تغيير المعقود عليه - بخلاف غير المعين؛ لوجوب مطلق الفعل - لا التسليم، (ولا بمبيع) قبل قبضه (ومرهون وأمانة) بأعيانها،

[٢٥٥٤٧] (قوله: لأنه يلزم إلخ) قال في "الدرر"^(١): ((لأنه [١٧٢/٣] استحق عليه الحمل على دابة معينة، والكفيل لو أعطى دابة من عنده لا يستحق الأجرة؛ لأنه أتى بغير المعقود عليه، ألا يرى^(٢) أن المؤجر لو حمه على دابة أخرى لا يستحق الأجرة فصار عاجزاً ضرورة، وكذا العبد لخدمته، بخلاف ما إذا كانت الدابة غير معينة؛ لأن الواجب على المؤجر الحمل مطلقاً، والكفيل يقدر عليه بأن يحمل على دابة نفسه)) اهـ.

[٢٥٥٤٨] (قوله: لا التسليم) لأنه لو كان الواجب التسليم لزم صحة الكفالة في المعينة أيضاً؛ لأن الكفالة بتسليمها صحيحة كما يأتي^(٣).

٢٦٧/٤

[٢٥٥٤٩] (قوله: ولا بمبيع قبل قبضه) بأن يقول للمشتري: إن هلك المبيع فعليّ، "درر"^(٤)؛ لأن ماله غير مضمون على الأصيل، فإنه لو هلك ينسخ البيع ويجب رد الثمن كما ذكره "صدر الشريعة"^(٥).

[٢٥٥٥٠] (قوله: ومهون وأمانة) أعلم أن الأعيان إما مضمونة على الأصيل أو أمانة، فالثاني كالوديعة، ومال المضاربة، والشركة، والعارية، والمستأجر في يد المستأجر، والمضمونة إما بغيرها كالمبيع قبل القبض، والرهن، فإنهما مضمونان بالثمن والدين، وإما بنفسها كالمبيع فاسداً والمقبوض على سؤم الشراء، والمغصوب، ونحوه مما تحب قيمته عند الهلاك، وهذا تصح الكفالة به

(١) "الدرر والغرر": كتاب الكفالة ٢/٣٠٠.

(٢) في "م": ((ألا ترى)).

(٣) ص ١٠٧ - "در".

(٤) كذا في النسخ جميعها، ولم نثر على النقل في "الدرر والغرر"، وعزاه ابن عابدين رحمه الله في مسودته إلى "النهر"، والمسألة فيه: كتاب الكفالة ق ٤١٩/ب.

(٥) "شرح الوقاية": كتاب الكفالة ٥٤/٢ (هامش "كشف الحقائق").

فلو بتسليمها صحَّ في الكلِّ، "درر"^(١). ورجَّحه "الكمال"^(٢).

كما يذكره "المصنّف"^(٣) دون الأولين لفقد شرطها، وهو أن يكون المكفول مضموناً على الأصل لا يخرج عنه إلا برفع عينه أو بدله، هذا خلاصة ما في "البحر"^(٤) وغيره.

(٢٥٥٥١) (قوله: فلو بتسليمها صحَّ في الكلِّ) أي: في الأمانات، والمبيع، والمرهون، فإذا كانت قائمة وجب تسليمها، وإن هلكت لم يجب على الكفيل شيء كالكفيل بالنفس، وقيل: إن وجب تسليمها على الأصل كالعارية والإجارة جازت الكفالة بتسليمها وإلا فلا، "درر"^(٥). أي: وإن لم يجب تسليمها على الأصل كالوديعة، ومال المضاربة، والشركة فلا تحوز؛ لأن الواجب عليه عدم المنع عند الطلب لا الرد، وهذا التفصيل حزم به "شرح الهداية"^(٦).

(٢٥٥٥٦) (قوله: ورجَّحه "الكمال") أي: رجَّح ما في "الدرر" من صحتها في تسليم الأمانات كغيرها، وحاصل ما ذكره: ((الوجه عندي صحة الكفالة بتسليم الأمانة؛ إذ لا شك في وجوب ردّها عند الطلب، غير أنه في الوديعة وأحويلها يكون بالتخلية، وفي غيرها بحمل المردود إلى ربّه، قال في "الذخيرة": الكفالة بتمكين المودع من الأخذ صحيحة)) اهـ. وما ذكره "السرخسي"^(٧): ((من أن الكفالة بتسليم العارية باطلة)) فهو باطل؛ لما في "الجامع الصغير"^(٨) و"المبسوط" أنها صحيحة، ونصّ "القدوري"^(٩): ((أنها بتسليم المبيع جائزة))، وأقرّه في "الفتح"^(١٠).

(١) "الدرر والغرر": كتاب الكفالة ٣٠١/٢ بتصرف.

(٢) "الفتح": كتاب الكفالة ٣١٣/٦.

(٣) ص ١١٠ - "در".

(٤) "البحر": كتاب الكفالة ٢٥٠/٦.

(٥) "الدرر والغرر": كتاب الكفالة ٣٠١/٢.

(٦) انظر "الفتح": كتاب الكفالة ٣١٣/٦، و"العناية": كتاب الكفالة ٣١٢/٦ (هامش "فتح القدير").

(٧) "المبسوط": كتاب الكفالة - باب الكفالة بما لا يجوز ١٠٢/٢٠ بتصرف.

(٨) لم نعر عليها في مظانها من مطبوعة "الجامع الصغير" التي بين أيدينا.

(٩) انظر "اللباب في شرح الكتاب": كتاب الكفالة ١٥٣/٢ بتصرف.

(١٠) "الفتح": كتاب الكفالة ٣١٣/٦.

فلو هلك المستأجر مثلاً لا شيء عليه ك: كفيل النفس، (وصح) أيضاً (لو) المكفول به (نمناً) لكونه ذنباً صحيحاً على المشتري،

وانتصر له في "العناية"^(١): ((بأنه لعله اطلع على رواية أقوى من ذلك فاختارها))، واعترضه في "النهر"^(٢): ((بأنه أمر موهوم))، قال في "البحر"^(٣): ((ورده على "السرخسي" مأخوذاً من "معراج الدراية"، ويساعده قول "الزيلعي"^(٤): ويحوز في الكل أن يتكفل بتسليم العين مضمونة أو أمانة، وقيل: إن كان تسليمه واجباً على الأصل كالعارية والإجارة جاز وإلا فلا، فأفاد أن التفصيل بين أمانة وأمانة ضعيف)) اهـ.

[٢٥٥٥٣] (قوله: فلو هلك المستأجر بفتح الجيم، قال في "الفتح"^(٥): ((ولو عجز - أي: عن التسليم - بأن مات العبد المبيع، أو المستأجر، أو الرهن انفسخت الكفالة على وزان كفالة النفس)).

[٢٥٥٥٤] (قوله: وصح لو نمناً) أي: صح تكفله الثمن عن المشتري. واحتراز به عن تكفل المبيع عن البائع فإنه لا يصح؛ لأنه مضمونٌ بغيره وهو الثمن كما تقدم^(٦). والمراد بقوله: ((لو نمناً)) أي: ثمن مبيعاً صحيحاً؛ إما في "النهر"^(٧) عن "التارخانية"^(٨): ((لو ظهر فساد البيع رجع الكفيل بما أذاه على البائع، وإن شاء على المشتري، ولو فسد بعد صحته بأن أحلها به شرطاً فاسداً فالرجوع للمشتري على البائع، يعني: والكفيل يرجع بما أذاه على المشتري،

(١) "العناية": كتاب الكفالة ٣١٢/٦ هامش "فتح القدير".

(٢) "النهر": كتاب الكفالة ق ٤١٩/ب.

(٣) "البحر": كتاب الكفالة ٢٥٠/٦ - ٢٥١.

(٤) "تبين الحقائق": كتاب الكفالة ٤/١٥٨ باختصار.

(٥) "الفتح": كتاب الكفالة ٦/٣١٣.

(٦) المقولة [٢٥٥٠٦] قوله: (أي: إن باعته فعلي، لا: ما اشتريته).

(٧) "النهر": كتاب الكفالة ق ٤١٩/ب.

(٨) "التارخانية": كتاب الكفالة والضمان - الفصل الثاني عشر في الكفالة تبطل عن الكفيل إلخ ٤/٢١٦/أ باختصار.

إِلَّا أَنْ يَكُونَ صَبِيًّا مَحْجُورًا عَلَيْهِ فَلَا يَلْزَمُ الْكَفِيلَ تَبَعًا لِلْأَصِيلِ، "خَانِيَّة"^(١).....

وَكَأَنَّ الْفَرْقَ بَيْنَهُمَا أَنَّهُ بظُهُورِ الْفَسَادِ تَبَيَّنَ أَنَّ الْبَائِعَ أَخَذَ شَيْئًا لَا يَسْتَحِقُّهُ فَيَرْجِعُ الْكَفِيلُ عَلَيْهِ، وَإِنْ أُلْحِقَ بِهِ شَرْطًا فَاسِدًا لَمْ يَتَبَيَّنْ أَنَّ الْبَائِعَ حِينَ [١/١٧٣ق/٣] قَبْضَهُ قَبْضَ شَيْئٍ لَا يَسْتَحِقُّهُ)) اهـ. وفيه^(٢) أَيْضًا: ((وَقَالُوا: لَوْ اسْتَحَقَّ الْمُبِيعُ بَرَاءَ الْكَفِيلِ بِالثَّمَنِ وَلَوْ كَانَتْ الْكَفَالَةُ لَغَرِيمٍ الْبَائِعِ، وَلَوْ رُدَّ عَلَيْهِ بِعَيْبٍ بِقَضَاءٍ أَوْ بَغَيْرِهِ، أَوْ بِخِيَارِ رُؤْيَةٍ أَوْ شَرْطٍ بِرَأْيِ الْكَفِيلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ الْكَفَالَةُ لَغَرِيمٍ فَلَا يَرَأَى. وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا فِيمَا يَظْهَرُ أَنَّهُ مَعَ الْإِسْتِحْقَاقِ تَبَيَّنَ أَنَّ الثَّمَنَ غَيْرُ وَاجِبٍ عَلَى الْمُشْتَرِي، وَفِي الرَّدِّ بِالْعَيْبِ وَنَحْوِهِ وَجَبَ الْمَسْقُطُ بَعْدَ مَا تَعَلَّقَ حَقُّ الْغَرِيمِ بِهِ، فَلَا يَسْرِي عَلَيْهِ)) اهـ.

[٢٥٥٥٥] (قَوْلُهُ: إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْخ) قَالَ فِي "النَّهْرِ"^(٣): ((وَقَدْ مَنَّا أَنَّهُ لَوْ كَفَلَ عَنْ صَبِيٍّ ثَمَنَ مَتَاعٍ اشْتَرَاهُ لَا يَلْزَمُ الْكَفِيلَ شَيْءً، وَلَوْ كَفَلَ بِالذَّرَكِ بَعْدَ قَبْضِ الصَّبِيِّ الثَّمَنَ لَا يَحْجُوزُ، وَإِنْ قَبْلَهُ حَازَ)) اهـ. وَمَسْأَلَةُ الذَّرَكِ فِيمَا لَوْ كَانَ الصَّبِيُّ بَاعَةً، وَهُوَ الَّذِي قَدَّمَهُ فِي "النَّهْرِ"^(٣) عِنْدَ قَوْلِ "الْكُتْرِ": ((إِذَا كَانَ ذَيْنَا صَحِيحًا)).

(قَوْلُهُ: لَمْ يَتَبَيَّنْ أَنَّ الْبَائِعَ حِينَ قَبْضِهِ قَبْضَ شَيْئٍ لَا يَسْتَحِقُّهُ يُفِيدُ أَنَّ إِلْحَاقَ الشَّرْطِ بَعْدَ قَبْضِ الْبَائِعِ الثَّمَنَ مِنَ الْكَفِيلِ، وَأَنَّهُ لَوْ أُلْحِقَ قَبْلَ قَبْضِهِ يَكُونُ لِلْكَفِيلِ الرَّجُوعُ عَلَى الْبَائِعِ. قَوْلُهُ: وَلَوْ كَفَلَ بِالذَّرَكِ بَعْدَ قَبْضِ الصَّبِيِّ الثَّمَنَ لَا يَحْجُوزُ الْخ) عِلَّتُهُ فِي "الْبَحْرِ" نَقْلًا عَنْ "الْخَانِيَّةِ" بِقَوْلِهِ: ((لِكُونِهِ كَفَلًا، بَلْ لَيْسَ بِمَضْمُونٍ عَلَى الْأَصِيلِ)) اهـ. مَعَ أَنَّ هَذِهِ الْعِلَّةَ مَوْجُودَةٌ فِيمَا لَوْ كَفَلَ قَبْلَ قَبْضِهِ الثَّمَنَ. وَلَعَلَّ وَجْهَهَا أَنْ يُجْعَلَ الضَّامِنُ مُسْتَقْرَضًا مِنَ الدَّافِعِ، وَالصَّبِيُّ نَائِبٌ عَنْهُ فِي الْقَبْضِ اهـ. ثُمَّ رَأَيْتُ "السَّنْدِيَّ" نَقَلَ الْمَسْأَلَةَ عَنْ "قَاضِيخَانَ" قَبِيلَ كَفَالَةِ الرَّحْلَيْنِ وَعَلَّلَهَا بِمَا ذَكَرْنَا.

(١) "الخَانِيَّة": كِتَابُ الْكَفَالَةِ وَالْحَوَالَةِ - فَصْلُ فِي الْكَفَالَةِ بِأَلْمَالِ ٦٧/٣ بِتَصْرِفٍ.

(٢) "النَّهْرِ": كِتَابُ الْكَفَالَةِ ٤١٩ق/ب.

(٣) "النَّهْرِ": كِتَابُ الْكَفَالَةِ ٤١٦ق/أ.

(و) كذا لو (مغضوباً أو مقبوضاً على سَوَمِ الشِّراءِ) إِنْ سُمِّيَ الثَّمَنُ وإِلَّا فَهُوَ أمانةٌ كما مرَّ^(١)، (ومبيعاً فاسيداً) وبدل^(٢) صُلِحَ عَنْ دَمٍ، وَخُلِعَ، وَمَهْرٍ، "حَانِيَّة"^(٣). والأصلُ أَنَّهَا تَصِحُّ بِالْأَعْيَانِ الْمَضْمُونَةِ بِنَفْسِهَا، لَا بغيرِها وَلَا بِالْأَمَانَتِ،

[٢٥٥٥٦] (قوله): وكذا لو مغضوباً إلخ) لأنَّ هذه الأعيانَ مضمونةٌ بنفسِها على الأصلِ، فيلزمُ الضَّمانُ إحضارُها وتسليمُها، وعندَ الهلاكِ تَجِبُ قيمَتُها، وإنْ مُسْتَهْلَكَةٌ فَالضَّمانُ لقيمَتِها، "نهر"^(٤). بخلافِ الأعيانِ المضمونةِ بغيرِها كالمبيعِ، والرَّهنِ، وبخلافِ الأماناتِ على ما تقدَّم، "زيلعي"^(٥).

[٢٥٥٥٧] (قوله): وإلَّا فهو أمانةٌ كما مرَّ) أي: في البُيوعِ، وإذا كان أمانةً لا يكونُ مِنْ هذا النوعِ، بل مِنْ نوعِ الأماناتِ، وقد مرَّ^(٦) حُكْمُها.

[٢٥٥٥٨] (قوله): وبدلَ صُلِحَ عَنْ دَمٍ) أي: لو كان البدلُ عبداً مثلاً فكفَّلَ به إنسانٌ صحَّتْ، فإنْ هَلَكَ قَبْلَ الْقَبْضِ فعليه قيمَتُه، "بحر"^(٧). وتقيدهُ بِالْذَمِّ يُفِيدُ أَنَّ الكفالةَ يبدلُ الصُّلْحُ فِي الْمَالِ لَا تَصِحُّ؛ لِأَنَّهُ إِذَا هَلَكَ انْفَسَخَ لكونِهِ كالمبيعِ، "ط"^(٨).

[٢٥٥٥٩] (قوله): وخُلِعَ عَطْفٌ عَلَى ((صُلِحَ)) أي: وبدلَ خُلِعَ. [٢٥٥٦٠] (قوله): وَمَهْرٍ أي: وبدلَ مَهْرٍ، فَتَصِحُّ الكفالةُ فِي هذهِ المواضعِ بالعينِ كعبدٍ مثلاً؛ لِأَنَّ هذهِ الأشياءَ لَا تَبْطُلُ بهلاكِ العينِ كما في "البحر"^(٩).

(١) ٢٧٤/١٤ وما بعدها "در".

(٢) في "و": ((أو بدل)).

(٣) "الحانية": كتاب الكفالة والحالة - فصل في الكفالة بالمال ٦٧/٣ بتصرف (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) "النهر": كتاب الكفالة ق ٤١٩/ب.

(٥) "تبيين الحقائق": كتاب الكفالة ١٥٨/٤.

(٦) المقولة [٢٥٥٥٠] قوله: ((ومرهون وأمانت)) وما بعدها.

(٧) "البحر": كتاب الكفالة ٢٥١/٦.

(٨) "ط": كتاب الكفالة ١٥٣/٣.

(٩) "البحر": كتاب الكفالة ٢٥١/٦.

(و) لا تصحُّ الكفالةُ بنوعِها (بلا قبولِ الطالبِ) أو نائبِه ولو فُضُولياً (في مجلسِ العقدِ)،

[٢٥٥٦١] (قوله: بنوعِها) أي: بالنفسِ والمال.

[٢٥٥٦٢] (قوله: ولو فُضُولياً) أي: ويتوقَّفُ على إجازةِ الطالبِ، وبِهَ ظَهَرَ أنَّ شَرَطَ الصَّحَّةِ مُطْلَقُ القَبُولِ، وأما قَبُولُ الطَّالِبِ بِمُخْصَصِهِ فَهُوَ شَرَطُ النِّفَازِ كَمَا أَفَادَهُ "ابْنُ الْكَمَالِ"، وَفِي "كَافِي الْحَاكِمِ": ((اكَفُلْ بِكَذَا عَنْ فُلَانٍ لِفُلَانٍ، فَقَالَ: قَدْ فَعَلْتُ وَالطَّالِبُ غَائِبٌ، ثُمَّ قَدِيمٌ فَرَضِي بِذَلِكَ جَازٌ؛ لِأَنَّهُ خَاطَبَ بِهِ مُخَاطَبٌ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ وَكِيلًا، وَلِلْكَفِيلِ أَنْ يَخْرُجَ مِنَ الْكِفَالَةِ قَبْلَ قُدُومِ الطَّالِبِ)). وَفِي "الْبَحْرِ"^(١) عَنْ "السَّرَاجِ": ((لَوْ قَالَ: ضَمِنْتُ مَا لِفُلَانٍ عَلَى فُلَانٍ وَهُمَا غَائِبَانِ فَقَبِلَ فُضُولِي، ثُمَّ بَلَغَهُمَا وَأَجَازَا، فَإِنْ أَحَابَ الْمَطْلُوبُ أَوَّلًا ثُمَّ الطَّالِبُ جَازَتْ وَكَانَتْ كِفَالَةً بِالْأَمْرِ، وَإِنْ بِالْعَكْسِ كَانَتْ بِلَا أَمْرٍ، وَإِنْ لَمْ يَقْبَلْ فُضُولِي لَمْ تَحْزَرْ مُطْلَقًا، وَإِنْ كَانَ الطَّالِبُ حَاضِرًا وَقَبِلَ وَرَضِيَ الْمَطْلُوبُ فَإِنْ رَضِيَ قَبْلَ قَبُولِ الطَّالِبِ رَجَعَ عَلَيْهِ، وَإِنْ بَعْدَهُ (فَلَا)) اهـ. وَعَلَّلَهُ فِي "الْحَاثِيَةِ"^(٢): ((بِأَنَّ الْكِفَالَةَ تَمَّتْ - أَيْ: يَقْبُولُ الطَّالِبُ - أَوَّلًا وَنَفَذَتْ وَلَزِمَ الْمَالُ الْكَفِيلَ فَلَا تَغْيِيرُ بِإِجَازَةِ الْمَطْلُوبِ)) اهـ. وَبِهِ عَيِمَ أَنَّ إِجَازَةَ الْمَطْلُوبِ قَبْلَ قَبُولِ الطَّالِبِ بِمَنْزِلَةِ الْأَمْرِ بِالْكَفَالَةِ، فَلِلْكَفِيلِ الرُّجُوعُ بِمَا ضَمِنَ، فَتَنَبَّهَ لَذَلِكَ.

مطلبٌ في ضمانِ المَهْرِ

(تَبِيَّةٌ)

قَدَمْنَا^(٣) أَنَّهُ لَوْ كَفَلَ رَجُلٌ لَصَبِيٍّ صَحَّ بِقَبُولِهِ لَوْ مَأْذُونًا، وَإِلَّا فَبِقَبُولِ وَلِيِّهِ، أَوْ قَبُولِ أَجْنَبِيٍّ وَإِجَازَةِ وَلِيِّهِ، وَإِنْ لَمْ يَقْبَلْ عَنْهُ أَحَدٌ فَعَلَى الْخِلَافِ، أَيْ: فَعِنْدَهُمَا لَا يَصِحُّ. وَعَلَيْهِ: فَوَضَمِنَ لِلصَّغِيرَةِ مَهْرَهَا لَمْ يَصِحَّ إِلَّا بِقَبُولِ كَمَا ذَكَرَ، وَهَذَا لَوْ أَجْنَبِيًّا، فَفِي بَابِ الْأَوْلِيَاءِ مِنَ "الْحَاثِيَةِ"^(٤):

(١) "الْبَحْرُ": كِتَابُ الْكِفَالَةِ ٢٥٢/٦ بِتَصْرِفٍ.

(٢) "الْحَاثِيَةُ": كِتَابُ الْكِفَالَةِ وَالْحَوَالَةِ - فَصْلُ فِي الْكِفَالَةِ بِالْمَالِ ٦٣/٣ بِتَصْرِفٍ (هَامِشُ "الْفَتَاوَى الْهِنْدِيَّةُ").

(٣) الْمَقُولَةُ [٢٥٤٨٠] قَوْلُهُ: ((فَضَّيْحُ بِهِ)).

(٤) "الْحَاثِيَةُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - الْبَابُ الْأَوَّلُ فِيمَا يَتَعَلَّقُ بِهِ انْتِقَادُ النِّكَاحِ ٣٥٧/١ - ٣٥٨ بِتَصْرِفٍ (هَامِشُ "الْفَتَاوَى الْهِنْدِيَّةُ").

وجوّزها "الثاني" بلا قبول، وبه يفتى، "درر"^(١) و "بِرَازِيَّة"^(٢)، وأقرّه في "البحر"^(٣)، وبه قالت الأئمة الثلاثة^(٤). لكن نقل "المصنف"^(٥) عن "الطرسوسي"^(٦): ((أن الفتوى على قولهما))، واختاره الشيخ "قاسم"، هذا حكم الإنشاء. (ولو أخبر عنها) بأن قال: أنا كفيل بما لفلان على فلان (حال غيبة الطالب، أو كفّل.....

((زوّج صغيرته وضمّن لها مهرها عن الزوج صحّ إن لم يكن في مرض موته، فإذا بلغت وضمّنت الأب لم يرجع على الزوج إلا إذا كان بأمره، وإن زوّج ابنه الصغير وضمّن عنه المهر في صحته جاز، ويرجع بما ضمّن في مال الصغير قياساً، وفي الاستحسان لا يرجع))، وتأمّله هناك.

[٢٥٥٦٣] (قوله: واختاره الشيخ "قاسم"^(٧)) حيث نقل اختيار ذلك عن أهل الترجيح كـ "المحبوبي" و "النسفي" وغيرهما، وأقرّه "الرملّي"، وظاهر "الهداية"^(٨) ترجيحها؛ لتأخيرها^(٩) دليلهما، وعليه المتون.

[٢٥٥٦٤] (قوله: ولو أخبر عنها الخ) [ب/١٧٣/٣] بيان لاستثناء مسألتين من قوله: ((ولا تصحّ بلا قبول^(١٠) الطالب))، وفي استثناء الأولى نظر كما يظهر من التعليل. [٢٥٥٦٥] (قوله: بما لفلان) الأولى جعل ((ما)) موصولة وجعل اللام متصلة بـ ((فلان)) على أنها جارة كما يوجد في بعض النسخ.

(١) "الدرر والغرر": كتاب الكفالة ٣٠١/٢.

(٢) "بِرَازِيَّة": كتاب الكفالة - الفصل الأول في المقدمة - نوع في ألفاظه ٦/٦ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) "البحر": كتاب الكفالة ٢٥٢/٦.

(٤) انظر "نهاية المحتاج": كتاب الحوالة - باب الضمان الشامل للكفالة ٤٣٨/٤ وهو الأصح من مذهب الشافعي، وفي قول يشترط قبوله. وانظر "المغني" لابن قدامة: كتاب الحوالة والضمان - باب الضمان - الأمور التي تعتبر لصحة الضمان ٣٥١/٦، و"حاشية الدسوقي": باب الضمان ٣٣٤/٣.

(٥) "المنع": كتاب الكفالة ٤٧٢/٢/ب.

(٦) "أنفع الوسائل": مسألة قبول الكفالة في مجلس العقد إلخ ص ٢٧٦.

(٧) "التصحيح والترجيح": كتاب الكفالة ص ٢٩٤.

(٨) "الهداية": كتاب الكفالة ٩٣/٣.

(٩) ((لتأخيرها)) ليست في "الأصل".

(١٠) في "م" ((قول))، وهو خطأ.

وارث المريض المَلِيءِ^(١) (عنه) بأمره بأن يقول المريض لوارثه: تكفل عني بما عليّ من الدّين فكفل به مع غيبة الغرماء (صحّ) في الصّورتين بلا قبُول اتّفاقاً استحساناً؛ لأنّها وصيّة، فلو قال لأجنبيّ لم يصحّ، وقيل: يصحّ، "شرح مجمع". وفي "الفتح"^(٢):

[٢٥٥٦٦] (قوله: وارث المريض) قيّد به لأنّه لو قال هذا في الصّحّة لم يحز ولم يلزم الكفيل شيء، وهذا قول "حمّد"، وهو قول "أبي يوسف" الأوّل، ثمّ رجّع وقال: الكفالة جائزة، "كافي". وجزّم بالأوّل في "الفتح"^(٣) عن "المبسوط"^(٤).

[٢٥٥٦٧] (قوله: المَلِيءِ) أي: الذي عنده ما يفي بدينه.

[٢٥٥٦٨] (قوله: لأنّها وصيّة) تعليلٌ للثانية، وترك تعليل الأوّل لظهوره، فإنّ الإخبار عن العقد إخبار عن ركنيه الإيجاب والقَبُول. اهـ "ح"^(٥). فليست في الحقيقة كفالة بلا قبُول. وما ذكره^(٦) في وجه الاستحسان: ((من أنّها وصيّة)) هو أحد وجهين في "الهداية"، قال^(٧): ((ولهذا نصّح وإن لم يُسمّ المكفول لهم، وإنّما نصّح إذا كان له مال. الوجه الثاني: أنّ المريض قائم مقام الطالب؛ لحاجته إليه تفرغاً لذمّته وفيه نفع للطالب، فصار كما إذا حضر بنفسه)). فعلى الأوّل هي وصيّة لا كفالة، وعلى الثاني بالعكس، واعتراض الأوّل بأنّه يلزم عدم الفرق بين حال الصّحّة والمرض إلّا أنّ يؤوّل بأنّه في معنى الوصيّة، وفيه بُعد. واعتراض الثاني في "البحر"^(٨): ((بأنّه لا فائدة في الكفالة؛ لأنّا حيث اشترطنا وجود المال فالوارث يطالب به على كلّ حال))،

(١) في "ب" و"ط": ((المَلِيء)).

(٢) "الفتح": كتاب الكفالة ٣١٦/٦.

(٣) "الفتح": كتاب الكفالة ٣١٥/٦.

(٤) "المبسوط": كتاب الكفالة - باب ما يصدق فيه الدافع من قضاء الدين ٨٤/٢٠ بتصرف.

(٥) "ح": كتاب الكفالة ق ٣٠/٤.

(٦) أي: الشارح، وفي "الأصل" و"ك" و"ب": ((ذكر)).

(٧) "الهداية": كتاب الكفالة ٩٣/٣ بتصرف.

(٨) "البحر": كتاب الكفالة ٢٥٢/٦ بتصرف.

((الصَّحَّةُ أَوْجَهُ))، وَحَقَّقَ^(١) أَنَّهَا كِفَالَةٌ، لَكِنْ يَرِدُ عَلَيْهِ تَوْقُفُهَا عَلَى الْمَالِ. وَلَوْ لَهُ مَالٌ غَائِبٌ^(٢): هَلْ يُؤْمَرُ الْغَرِيمُ بِانْتِظَارِهِ؟ أَوْ يُطَالَبُ الْكَفِيلُ؟.....

وَأَجَابَ فِي "النَّهْر"^(٣): ((بِأَنَّ فَائِدَتَهُ تَظْهَرُ فِي تَفْرِيعِ ذِمَّتِهِ))، تَأَمَّلْ. قَالَ فِي "النَّهْر"^(٤): ((وَالِاسْتِنَاءُ عَلَى الْأَوَّلِ مُنْقَطِعٌ، وَعَلَى الثَّانِي مُتَّصِلٌ وَلِذَا كَانَ أَرْجَحُ، إِلَّا أَنَّ مُقْتَضَاهُ مُطَالَبَةُ الْوَارِثِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْمَيِّتِ مَالٌ)) اهـ.

قُلْتُ: الظَّاهِرُ أَنَّ هَذَا وَصِيَّةٌ مِنْ وَجْهِ وَكَفَالَةٌ مِنْ وَجْهِ فِرَاعَى الشُّبْهِ مِنَ الطَّرَفَيْنِ؛ لِأَنَّهُمْ ذَكَرُوا لِلِاسْتِحْسَانِ وَجْهَيْنِ مُتَنَافِيَيْنِ، فَعُلِمَ أَنَّ الْمُرَادَ مُرَاعَاتُهُمَا بِالْقَدْرِ الْمُمْكِنِ وَإِلَّا لَرِمَ الْغَاوُهُمَا. [٢٥٥٦٩] (قَوْلُهُ: الصَّحَّةُ أَوْجَهُ) أَيَّدَهُ فِي "الْحَوَاشِي السَّعْدِيَّة"^(٥): ((بِأَنَّ الْوَارِثَ حَيْثُ كَانَ مُطَالَبًا بِالذِّمَنِ فِي الْجُمْلَةِ كَانَ فِيهِ شُبْهَةُ الْكِفَالَةِ عَنْ نَفْسِهِ فِي الْجُمْلَةِ، فَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ لَا تَحْجُوزَ كِفَالَتُهُ، فَإِذَا حَازَتْ لِمَا مَرَّ فِي الْوَجْهَيْنِ فَكِفَالَةُ الْأَجْنَبِيِّ وَهِيَ سَالِمَةٌ عَنْ هَذَا الْمَنْعِ أَوَّلُ أَنْ تَصِحَّ)) اهـ. وَأَقْرَأَهُ فِي "النَّهْر"^(٦).

[٢٥٥٧٠] (قَوْلُهُ: وَحَقَّقَ أَنَّهَا كِفَالَةٌ) أَي: وَبَنَى عَلَيْهِ صَحَّتَهَا مِنَ الْأَجْنَبِيِّ، لَكِنْ يَرِدُ عَلَيْهِ الْإِعَاءُ أَحَدَ وَجْهِي الْاسْتِحْسَانِ. وَإِذَا مَشِينَا عَلَى مَا قُلْنَا مِنْ إِعْمَالِ الْوَجْهَيْنِ وَتَوْفِيرِ الشُّبْهِينِ بِالْوَصِيَّةِ وَالْكَفَالَةِ لَمْ يَضُرُّنَا؛ لِأَنَّ الْأَجْنَبِيَّ يَصِحُّ كَوْنُهُ وَصِيًّا وَكَوْنُهُ كَفِيلًا. [٢٥٥٧١] (قَوْلُهُ: لَكِنْ يَرِدُ عَلَيْهِ تَوْقُفُهَا عَلَى الْمَالِ) حَيْثُ قَبِدَ بِكَوْنِ الْمَرِيضِ مَلِيًّا، وَالْكَفَالَةُ عَنْ الْمَرِيضِ لَا تَتَوَقَّفُ عَلَى الْمَالِ.

قُلْتُ: وَهَذَا وَارِدٌ عَلَى كَوْنِهَا كِفَالَةٌ مِنْ كُلِّ وَجْهِ، وَقَدْ عَيِمَتْ أَنَّ لَهَا شُبْهَيْنِ، وَاشْتِرَاطُ الْمَالِ مَبْنِيٌّ عَلَى شُبْهِ الْوَصِيَّةِ كَمَا أَنَّ اشْتِرَاطَ الْمَرَضِ مَبْنِيٌّ عَلَى شُبْهِ الْكِفَالَةِ دُونَ الْوَصِيَّةِ.

(١) أي: صاحب "الفتح": كتاب الكفالة ٣١٦/٦.

(٢) في "و": ((على غائب)).

(٣) قوله: ((في "النهر")) ليست في "م"، والنقل في "النهر": كتاب الكفالة ق ٤٢٠/أ.

(٤) "النهر": كتاب الكفالة ق ٤٢٠/ب.

(٥) "الحواشي السعدية": كتاب الكفالة ٣١٦/٦ - ٣١٧ بتصرف (هامش "فتح القدير").

(٦) "النهر": كتاب الكفالة ق ٤٢٠/ب.

لم أره، وينبغي على أنه وصية أن ينتظر لا على أنها كفالة. وقيدنا بأمره لأن تبرع الوارث بضمائه في غيبتهم لا يصح، وروى "الحسن" الصحة، ولو ضمناه بعد موته صح، "سراج". ولعله قول "الثاني" لما مر، "نهر"^(١). وفي "البرازية"^(٢): ((اختلفا في الإخبار والإنشاء فالقول للمخير)).....

[٢٥٥٧٢] (قوله: لم أره) أصل التوقف لصاحب "البحر"^(٣)، والجواب لصاحب "النهر"، ولا يخفى عدم إفادته رفع التوقف؛ لأن مبنى التوقف وجود الشبهة، نعم، على ما حققه في "الفتح"^(٤): ((من أنها كفالة حقيقة)) لا ينتظر، لكن علمت ما فيه. وقد يقال: إن اشتراط المال مبني على شبه الوصية دون الكفالة كما علمت، وبه يظهر أنه ليس المراد دفع الورثة من مالهم، بل من مال الميت، وذلك يفيد الانتظار، ويفيد أيضاً أنه لو هلك المال بعد الموت لا يلزم الورثة، ولم أره صريحاً.

[٢٥٥٧٣] (قوله: ولو ضمناه) أي: لو ضمن الوارث المريض الملبى بعد موته في غيبة الطالب. [٢٥٥٧٤] (قوله: ولعله قول "الثاني" لما مر) أي: من تجويزه الكفالة بلا قبول، وهذا الحمل متعين؛ لأنها إذا لم تصح عندهما في حال الصحة لا تصح بعد الموت بالأولى؛ ولأن وجه كونها كفالة في المرض قيام المريض مقام الطالب في القبول.

[٢٥٥٧٥] (قوله: اختلفا في الإخبار والإنشاء) راجع لمسألة "المصنف" الأولى، أي: إذا قال: أنا كفيل زيد [١٧٤/٣] فقال الطالب: كنت مخيراً بذلك فلا يحتاج لقبولي، وقال الكفيل: كنت منبئاً للكفالة، فالقول للمخير؛ لأنه يدعي الصحة والآخر الفساد، كذا في "شرح الجامع" لـ "قاضي خان"^(٥).

(١) "النهر": كتاب الكفالة ق ٤٢٠/ب بتصرف.

(٢) "البرازية": كتاب الكفالة - الفصل الأول في المقدمة - نوع آخر ٦/٦ بتصرف (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) "البحر": كتاب الكفالة ٢٥٢/٦ - ٢٥٣.

(٤) "الفتح": كتاب الكفالة ٣١٦/٦.

(٥) "شرح الجامع الصغير": كتاب الكفالة - باب الكفالة بالنفس ق ٨٣/ب.

(و) لا تصح (بدين) ساقط ولو من وارث (عن ميت مفلس) إلا إذا كان به كفيل أو رهن، "معراج"، أو ظهر له مال فتصح بقدره، "ابن ملك"، أو لحقه دين بعد موته فتصح الكفالة به؛ بأن حفر براً على الطريق فتلف به شيء بعد موته لزمه ضمان المال في ماله وضمن النفس على عاقبته؛ لثبوت الدين مستنداً إلى وقت السبب، وهو الحفر الثابت حال قيام الذمة، "بحر".

[٢٥٥٧٦] (قوله: بدين ساقط) أي: بسبب موته مفلساً.

[٢٥٥٧٧] (قوله: عن ميت^(١) مفلس) هو من مات ولا ترك له ولا كفيل عنه، "بحر"^(٢).

[٢٥٥٧٨] (قوله: إلا إذا كان به كفيل أو رهن) استثناء من قوله: ((ساقط))، ولو حذف ((ساقط)) أولاً ثم علل بقوله: ((لأنه يسقط بموته)) ثم استثنى منه لكان أوضح، يعني: أن الدين يسقط عن الميت المفلس إلا إذا كان به كفيل حال حياته أو رهن، قال في "البحر"^(٣): ((قيّد بالكفالة بعد موته لأنه لو كفّل في حياته ثم مات مفلساً لم تبطل الكفالة، وكذا لو كان به رهن ثم مات مفلساً لا يبطل الرهن؛ لأن سقوط الدين في أحكام الدنيا في حقه للضرورة فتقدر بقدرها، فأبقيناه في حق الكفيل والرهن لعدم الضرورة، كذا في "المعراج")). ولا يلزم مما ذكر صحة الكفالة به حينئذ؛ للاستغناء عنها بالكفيل وبيع الرهن، "ط"^(٤).

[٢٥٥٧٩] (قوله: أو ظهر له مال) في "كافي الحاكم": ((لو ترك الميت شيئاً لا يفي لزم

الكفيل بقدره)).

[٢٥٥٨٠] (قوله: على الطريق) المراد به الحفر في غير ملكه.

[٢٥٥٨١] (قوله: لزمه ضمان المال في ماله وضمن النفس على عاقبته) هذا زيادة من

"الشّارح" على ما في "البحر".

[٢٥٥٨٢] (قوله: وهو الحفر الثابت حال قيام الذمة) والمستند يثبت أولاً في الحال، ويلزمه

(١) في "الأصل": ((عن دين))، وهو تحريف.

(٢) "البحر": كتاب الكفالة ٢٥٣/٦.

(٣) "ط": كتاب الكفالة ١٥٤/٣.

وهذا عنده، وصححها مطلقاً، وبه قالت "الثلاثة"^(١)، ولو تبرّع به أحدٌ صحَّ إجماعاً، (و) لا تصحُّ كفالة الوكيل (بالتّمن للموكل)

اعتبار قوتها حينئذٍ به لكونه محلّ الاستيفاء، "بحر"^(٢) عن "التحرير"^(٣)، أي: ويلزم بُتوته في الحال اعتبار قوة الذمة حين بُتوته به، أي بالدين. وقوله: ((لكونه محلّ الاستيفاء)) زيادة من "البحر" على ما في "التحرير".

[٢٥٥٨٣] (قوله: وهذا) الإشارة إلى ما في "المتن".

[٢٥٥٨٤] (قوله: مطلقاً) أي: ظهر له مالٌ أو لا.

[٢٥٥٨٥] (قوله: ولو تبرّع به) أي: بالدين، أي: بإيافته.

[٢٥٥٨٦] (قوله: صحَّ إجماعاً) لأنه عند "الإمام" وإن سقط لكن سقوطه بالنسبة إلى من هو عليه لا بالنسبة إلى من هو له، فإذا كان باقياً في حقّه حلّ له أخذه.

[٢٥٥٨٧] (قوله: ولا تصحُّ كفالة الوكيل بالتّمن) وكذا عكسه وهو توكيل الكفيل بقبض الثمن كما سيأتي في الوكالة^(٤)، "بحر"^(٥). قيّد بالوكيل لأنّ الرسول بالبيع يصحُّ ضمانه الثمن عن المشتري، ومثله الوكيل ببيع الغنائم عن الإمام؛ لأنه كالرسول. وقيّد بالتّمن لأنّ الوكيل بتزويج المرأة لو ضمن لها المهر صحَّ؛ لكونه سفيراً ومُعبراً، "بحر"^(٦). وقيّد بالكفالة لأنه لو تبرّع بأداء الثمن عن المشتري صحَّ كما في "النهر"^(٧) عن "الخانية"^(٨).

(١) انظر: "حاشية الدسوقي": باب في الضمان وأحكامه ٥١٢/٣، و"الشرح الكبير": باب الضمان ٣٦٦/٦ (ذيل "الغني")، و"تكملة المجموع شرح المهذب": كتاب الضمان - فرع في أركان الضمان ١٣/١٥٧.

(٢) "البحر": كتاب الكفالة ٢٣٥/٦.

(٣) "التحرير": المقالة الثانية: الباب الأول - الفصل الرابع في المحكوم عليه - مسألة: مانع تكليف المحال على أن شرط التكليف فهمه ص ٢٨٢.

(٤) (نقول: في النسخ جميعها: ((الكفالة)))، وما أثبتناه هو الصواب الموافق لعبارة "البحر"، والمسألة مذكورة في وكالة "البحر" في موضعين ١٨٠/٧، ١٨٢.

(٥) "البحر": كتاب الكفالة ٢٥٤/٦ تصرف.

(٦) "البحر": كتاب الكفالة ٢٥٣/٦.

(٧) "النهر": كتاب الكفالة ٤٢٠/ب.

(٨) "الخانية": كتاب الكفالة والحوالة - فصل في الكفالة بمال ٦٩/٣ (هامش "الفتاوى الهندية").

فيما وُكِّلَ بَيْعِهِ؛ لِأَنَّ حَقَّ الْقَبْضِ لَهُ بِالْأَصَالَةِ فَيَصِيرُ ضَامِنًا لِنَفْسِهِ. وَمُفَادُهُ: أَنَّ الْوَصِيَّ وَالنَّاطِرَ لَا يَصِحُّ ضَمَانُهُمَا الثَّمَنَ عَنِ الْمُشْتَرِي فِيمَا بَاعَاهُ؛ لِأَنَّ الْقَبْضَ لِهَما، وَلِذَا لَوْ أَرَاهُ عَنِ الثَّمَنِ صَحَّ وَضَمِنَا، (و) لَا تَصِحُّ كِفَالَةُ الْمُضَارِبِ (لَرَبِّ الْمَالِ بِهِ) أَي: بِالثَّمَنِ؛ لِمَا مَرَّ، وَلِأَنَّ الثَّمَنَ أَمَانَةٌ عِنْدَهُمَا، فَالضَّمَانُ تَغْيِيرٌ لِحُكْمِ الشَّرْعِ،

[٢٥٥٨٨] (قوله: فيما وُكِّلَ بَيْعِهِ) الأولى أَنْ يَقُولَ: أَي: ثَمَنٍ مَا وُكِّلَ بَيْعِهِ. قِيْدَ بِهِ لِأَنَّ الْوَكِيلَ يَقْبِضُ الثَّمَنَ لَوْ كَفَلَ بِهِ يَصِحُّ كَمَا فِي "الْبَحْرِ"^(١).

[٢٥٥٨٩] (قوله: لِأَنَّ حَقَّ الْقَبْضِ لَهُ بِالْأَصَالَةِ) وَلِذَا لَا يَطْلُبُ مَوْتِ الْمُوَكَّلِ وَبَعْرُؤِهِ، وَجَازَ أَنْ يَكُونَ الْمُوَكَّلُ وَكَيْلًا عَنْهُ فِي الْقَبْضِ، وَلِلْوَكِيلِ عَزْلُهُ، وَتَمَامُهُ فِي "الْبَحْرِ"^(٢).

[٢٥٥٩٠] (قوله: وَمُفَادُهُ (إِلَخ) هُوَ لِصَاحِبِ "الْبَحْرِ"^(٣))، وَتَبِعُهُ فِي "النَّهْرِ"^(٤).

[٢٥٥٩١] (قوله: لَوْ أَرَاهُ). عَدَّ الِهْمَزَةَ بضميرِ الثَّانِيَةِ.

[٢٥٥٩٢] (قوله: لِمَا مَرَّ) أَي: فِي الْوَكِيلِ مِنْ قَوْلِهِ^(٥): ((لِأَنَّ حَقَّ الْقَبْضِ لَهُ (إِلَخ)).

[٢٥٥٩٣] (قوله: وَلِأَنَّ الثَّمَنَ (إِلَخ) ذَكَرَهُ الرَّيْلِيُّ^(٦)). وَقَوْلُهُ: ((أَمَانَةٌ عِنْدَهُمَا)) أَي: عِنْدَ

الْوَكِيلِ وَالْمُضَارِبِ، وَهَذَا بَعْدَ الْقَبْضِ، أَشَارَ بِهِ إِلَى أَنَّهُ لَا فَرْقَ فِي عَدَمِ صَحَّةِ الْكِفَالَةِ بَيْنَ أَنْ تَكُونَ قَبْلَ قَبْضِ الثَّمَنِ أَوْ بَعْدَهُ. وَوَجْهُ الْأَوَّلِ مَا مَرَّ^(٧)، وَوَجْهُ الثَّانِي أَنَّ الثَّمَنَ بَعْدَ قَبْضِهِ أَمَانَةٌ عِنْدَهُمَا غَيْرُ مَضْمُونَةٍ، وَالْكَفَالَةُ غَرَامَةٌ، وَفِي ذَلِكَ تَغْيِيرٌ لِحُكْمِ الشَّرْعِ بَعْدَمِ ضَمَانِهِ بِلَا تَعَدُّ، وَأَيْضًا كِفَالَتُهُمَا لِمَا قَبْضَاهُ كِفَالَةُ الْكَفِيلِ عَنْ نَفْسِهِ، وَأَمَّا مَا مَرَّ^(٨) مِنْ صَحَّةِ الْكِفَالَةِ بِتَسْلِيمِ الْأَمَانَةِ فَذَلِكَ فِي كِفَالَةِ مَنْ لَيْسَتْ الْأَمَانَةُ عِنْدَهُ.

(١) "الْبَحْرِ": كِتَابُ الْكِفَالَةِ ٦/٢٥٣ - ٢٥٤.

(٢) انْظُرْ "الْبَحْرِ": كِتَابُ الْكِفَالَةِ ٦/٢٥٣.

(٣) "الْبَحْرِ": كِتَابُ الْكِفَالَةِ ٦/٢٥٣ - ٢٥٤ بِتَصْرِيفٍ.

(٤) "النَّهْرِ": كِتَابُ الْكِفَالَةِ ق ٤٢٠/ب.

(٥) فِي أَوَّلِ هَذِهِ الصَّحِيفَةِ.

(٦) "تَبْيِينَ الْحَقَائِقِ": كِتَابُ الْكِفَالَةِ ٤/١٦٠.

(٧) الْمَقُولَةُ [٢٥٥٤٩] قَوْلُهُ: ((وَلَا يَتَّبِعُ قَبْلَ قَبْضِهِ)) وَالثَّانِي بَعْدَهَا.

(٨) الْمَقُولَةُ [٢٥٥٥١] قَوْلُهُ: ((فَلَوْ بِتَسْلِيمِهَا صَحَّ فِي الْكُلِّ)).

(و) لا تَصِحُّ (لِلشَّرِيكِ بِدَيْنٍ مُشْتَرَكٍ) مُطْلَقاً ولو بَارِثٍ؛ لأنَّه لو صحَّ الضَّمانُ مع الشَّرَكَةِ يصيرُ ضامناً لنفسه، ولو صحَّ في حِصَّةِ صاحبه يُؤدِّي إلى قِسْمَةِ الدَّيْنِ قَبْلَ قَبْضِهِ، وذا لا يَجُوزُ. نَعَمْ لو تَبَرَّعَ جازَ

[٢٥٥٩٤] (قوله): ولا تَصِحُّ لِلشَّرِيكِ (إلخ) مفهومة أنه لو ضَمِنَ أَجْنَبِيٌّ لأحدِ الشَّرِيكَيْنِ بِحِصَّتِهِ تَصِحُّ، والظاهرُ أنه يَصِحُّ مع بقاءِ الشَّرَكَةِ، فما يُؤدِّيهِ الكفيلُ يكونُ مُشْتَرَكاً بَيْنَهُمَا كما لو أَدَّى الأصيلُ، تأمَّلْ.

[٢٥٥٩٥] (قوله): ولو بَارِثٍ) تفسِيرٌ للإطلاقِ، [٣/١٧٤ب] وأشارَ به إلى أنَّ ما وَقَعَ في "الكنز" ^(١) وغيره مِنْ فَرَضِ المسألةِ في ثَمَنِ المبيعِ غيرُ قِيدٍ.

[٢٥٥٩٦] (قوله): مع الشَّرَكَةِ) بأنَّ ضَمِنَ نصفاً شائعاً.

[٢٥٥٩٧] (قوله): يصيرُ ضامناً لنفسه) لأنَّه ما مِنْ جزءٍ يُؤدِّيهِ المشتري أو الكفيلُ مِنَ الثَّمَنِ إِلَّا لِشَرِيكِهِ فِيهِ نَصِيبٌ، "زَيْلَعِي" ^(٢).

[٢٥٥٩٨] (قوله): ولو صحَّ في حِصَّةِ صاحبه) بأنَّ كَفَلَ نصفاً مُقَدَّراً.

[٢٥٥٩٩] (قوله): وذا لا يَجُوزُ) لأنَّ القِسْمَةَ عبارةً عن الإِفْرازِ والحِيازَةِ، وهو أنْ يصيرَ حَقُّ كُلِّ واحدٍ مِنْهُمَا مُفَرَّزاً في حِيزٍ على جهةٍ، وذا لا يُتَصَوَّرُ في غيرِ العينِ؛ لأنَّ الفِعْلَ الحَسِّيَّ يَسْتَدْعِي محلاً حِسِّيًّا والدَّيْنَ حُكْمِيًّا، وتَمَامُهُ في "الزَّيْلَعِي" ^(٣).

[٢٥٦٠١] (قوله): نَعَمْ لو تَبَرَّعَ جازَ) أي: لو أَدَّى نَصِيبَ شَرِيكِهِ بلا سَبَقِ ضَمَانٍ جازَ ولا يَرْجِعُ، بما أَدَّى، بخلافِ صورةِ الضَّمانِ، فإنَّه يَرْجِعُ، بما دَفَعَ إِذْ قَضَاهُ على فسادٍ كما في "جامعِ الفصولين" ^(٤).

٢٧٠/٤

(١) انظر "شرح العيني على الكنز": كتاب الكفالة ٧٥/٢.

(٢) انظر "تبيين الحقائق": كتاب الكفالة ١٦٠/٤.

(٣) "جامع الفصولين": الفصل الثلاثون في التصرفات الفاسدة وأحكامها وفيما يكون مضموناً بالقبض والحبس

وما لا يكون ٥٣/٢.

كما لو كان صفتين، (و) لا تصح الكفالة (بالعُهدة) لاشتباهِ المرادِ بها، (و) لا (بالخلاص) أي: تخلص مبيعٍ يُستحقُّ لعجزه عنه. نعم لو ضمّن تخلصه ولو بشراء - إن قدرَ وإلا فبرّد الثمن - كان كالدرّك، "عيني"^(١).....

[٢٥٦٠١] (قوله: كما لو كان صفتين) بأن سَمَى كُلَّ مِنْهُمَا لِنَصِيهِ ثَمناً صحَّ ضمانٌ أحدهما نصيبَ الآخر؛ لامتيازِ نصيبِ كُلِّ مِنْهُمَا، فلا شِرْكَه، بدليل أن له - أي: للمشتري - قَبُولَ نصيبِ أحدهما فقط، ولو قَبِلَ الكلَّ ونَقَدَ حِصَّةَ أحدهما كان للناقِذِ قَبْضُ نصيبه، وقد اعتبرُوا هنا لتَعُدُّ الصَّفَقَةُ تفصيلَ الثمن، وذكرُوا في البَيوعِ أن هذا قولُهُما، وأما قولُهُ فلا بدُّ من تَكَرُّرٍ لفظيٍّ: بِعْتُ، "بخر"^(٢).

[٢٥٦٠٢] (قوله: ولا تصح الكفالة بالعُهدة) بأن يشتري عبداً فيضمّن رجلُ العُهدة للمشتري، "نهر"^(٣).

[٢٥٦٠٣] (قوله: لاشتباهِ المرادِ بها) لانطلاقها على الصكِّ القديم - أي: الوثيقة التي تشهدُ للبائعِ بالملك، وهي ملكه، فإذا ضمّن بتسليمها للمشتري لم يصحَّ؛ لأنّه ضمّن ما لم يقدرْ عليه، وعلى العقدِ وحقوقه، وعلى الدرّك، وخيارِ الشرط، فلم تصحَّ الكفالة للجهالة، "نهر"^(٣).

قلت: فلو فسرها بالدرّك صحَّ كما لو اشتهرَ إطلاقها عليه في العُرفِ لزوالِ المانع، تأمل. [٢٥٦٠٤] (قوله: ولا بالخلاص) أي: عند "الإمام"، وقالوا: تصحَّ، والخلافُ مبنيٌّ على تفسيره، فهما فسراه بتخلص المبيعِ إن قدرَ عليه ورَدَّ الثمنِ إن لم يقدرْ عليه، وهذا ضمانُ الدرّكِ في المعنى. وفسره "الإمام" بتخلص المبيعِ فقط، ولا قدرةَ له عليه، "نهر"^(٣).

(١) "رمز الحقائق": كتاب الكفالة ٧٥/٢ بتصرف.

(٢) "البحر": كتاب الكفالة ٢٥٤/٦ باختصار.

(٣) "النهر": كتاب الكفالة ق ٤٢١/أ.

(فائدة) متى أدّى بكفالةٍ فاسدةٍ رجَعَ كصحيحةٍ، "جامع الفصولين"، ثمَّ قال: ((ونظيره لو كَفَلَ بِبَدَلِ الْكِتَابَةِ لَمْ يَصِحَّ، فَيَرْجِعُ بِمَا أَدَّى إِذَا حَسِبَ أَنَّهُ مُجْبِرٌ عَلَى ذَلِكَ؛ لُضْمَانِهِ السَّابِقِ))، وأقره "المصنّف" ^(١)، فليُحْفَظْ. (ولو كَفَلَ بِأَمْرِهِ).....

[٢٥٦٠٥] (قوله: متى أدّى بكفالةٍ فاسدةٍ رجَعَ كصحيحةٍ) لم أرَ هذه العبارة في "جامع الفصولين" وإنما قال ^(٢): ((في صورة الضمان - أي: ضمان أحد الشريكين - يرجع بما دفع؛ إذ قضاؤه على فساد، فيرجع كما لو أدّى بكفالةٍ فاسدةٍ. ونظيره لو كَفَلَ بِبَدَلِ الْكِتَابَةِ لَمْ يَصِحَّ فَيَرْجِعُ بِمَا أَدَّى؛ إِذَا ^(٣) حَسِبَ أَنَّهُ مُجْبِرٌ عَلَى ذَلِكَ؛ لُضْمَانِهِ السَّابِقِ، وَعَمَلُهُ لَوْ أَدَّى مِنْ غَيْرِ سَبَقِ ضَمَانٍ لَا يَرْجِعُ؛ لِتَبَرُّعِهِ، وَكَذَا وَكَيْلُ الْبَيْعِ إِذَا ضَمِنَ الثَّمَنَ لِمُوكِّلِهِ لَمْ يَحْزُ فَيَرْجِعُ، وَلَوْ أَدَّى بِغَيْرِ ضَمَانٍ حَازَ وَلَا يَرْجِعُ)) اهـ.

[٢٥٦٠٦] (قوله: ولو كَفَلَ بِأَمْرِهِ) شَمَلَ الْأَمْرَ حُكْمًا كَمَا إِذَا كَفَلَ الْأَبُ عَنْ ابْنِهِ الصَّغِيرِ مَهْرَ امْرَأَتِهِ، ثُمَّ مَاتَ الْأَبُ وَأُخِذَ مِنْ تَرْكِتِهِ كَانَ لِلْوَرَثَةِ الرَّجُوعُ فِي نَصِيبِ الْابْنِ؛ لِأَنَّهُ كِفَالَةٌ بِأَمْرِ الصَّبِيِّ حُكْمًا؛ لِثُبُوتِ الْوِلَايَةِ، فَإِنْ أَدَّى بِنَفْسِهِ: فَإِنْ أَشْهَدَ رَجَعَ وَإِلَّا لَا، كَذَا فِي نِكَاحِ "المجمع". وكما لو حَذَّ الْكِفَالَةَ فَبَرَهَنَ الْمُدَّعِي عَلَيْهَا بِالْأَمْرِ وَقَضَى عَلَى الْكَفِيلِ فَأَدَّى، فَإِنَّهُ يَرْجِعُ وَإِنْ كَانَ مُتَنَاقِضًا؛ لِكَوْنِهِ صَارَ مُكْذِبًا شَرْعًا بِالْقَضَاءِ عَلَيْهِ، كَذَا فِي "تلخيص الجامع الكبير"، "نهر" ^(٤). وقدمنا ^(٥) قريباً عند قول "الشارح": ((ولو فُضِّلُوا)) أَنَّ إِجَازَةَ الْمَطْلُوبِ

(قوله: وكما لو حَذَّ الْكِفَالَةَ إلخ) ليس في هذه المسألة أمرٌ حُكْمِيٌّ.

(١) "المنح": كتاب الكفالة ٢/٤٨٠.

(٢) "جامع الفصولين": الفصل الثلاثون في التصرفات الفاسدة وأحكامها وفيما يكون مضموناً بالقبض والحبس وما لا يكون ٥٢/٢ - ٥٣، بتوضيح من ابن عابدين رحمه الله.

(٣) في "ب": ((إذا))، ومثله في مطبوعتي "جامع الفصولين": ((إذا)).

(٤) "النهر": كتاب الكفالة ق ٤١٨.

(٥) المقولة [٢٥٦٠٦] قوله: ((ولو فُضِّلُوا)).

- أي: بأمر المطلوب - بشرط قوله: عني، أو: على أنه عليّ.....

قبل قبول الطالب بمنزلة الأمر بالكفالة، ونقله أيضاً في "الدر المنتقى" ^(١) عن "القهيستاني" ^(٢) عن "الحانية" ^(٣)، وتأتي ^(٤) الإشارة إليه في كلام "الشارح" قريباً.

[٢٥٦٠٧] (قوله: أي: بأمر المطلوب) فلو بأمر أجنبي فلا رجوع أصلاً، ففي "نور العين" ^(٥) عن "الفتاوى الصغرى": ((أمر رجلاً أن يكفل عن فلان لفلان فكفل وأدى لم يرجع على الأمر)) اهـ. [٢٥٦٠٨] (قوله: أو على أنه عليّ) أي: على أن ما تضمنه يكون عليّ، قال في "الفتح" ^(٦):

((فوقال: اضمن ألف التي لفلان عليّ لم يرجع عليه عند الأداء؛ لجواز أن يكون القصد ليرجع، أو لطلب التبرع فلا يلزم المال، وهذا قول "أبي حنيفة" و"محمد")) اهـ. لكن في "النهر" ^(٧) عن "الحانية" ^(٨): ((عليّ ك: عني، فلو قال: اكفل لفلان بألف درهم عليّ [١٧٥٠٣/٣]، أو: انقذه ألف درهم عليّ، أو: اضمن له ألف التي عليّ، أو: اقضيه ماله عليّ، ونحو ذلك رجع بما دفع في رواية "الأصل" ^(٩)، وعن أبي حنيفة في "المجرد": إذا قال لآخر: اضمن لفلان ألف التي له عليّ فضمنها وأدى إليه لا يرجع)) اهـ. فعلم أن ما في "الفتح" عن رواية "المجرد"، وقد حرم في "الولولجية" ^(١٠) بالرجوع، وإنما حكى الخلاف في نحو: اضمن له ألف درهم إذا لم يقل: عني، أو: هي له عليّ ونحوه، فعندهما: لا يرجع إلا إذا كان خليطاً، وعند "أبي يوسف":

(١) "الدر المنتقى": كتاب الكفالة ١٣٣/٢ (هامش "جميع الأنهر").

(٢) "جامع الرموز": كتاب الكفالة ١١٤/٢.

(٣) "الحانية": كتاب الكفالة والحوالة - فصل في الكفالة بالمال ٦٣/٣ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) ص ١٢٥ - "در".

(٥) "نور العين": الفصل التاسع والعشرون في التصرفات الفاسدة وأحكامها - الكفالة الفاسدة ق ١٢٦/ب.

(٦) "الفتح": كتاب الكفالة ٣٠٤/٦ بتصرف.

(٧) "النهر": كتاب الكفالة ق ٤١٨/أ.

(٨) "الحانية": كتاب الكفالة والحوالة - فصل في الكفالة بالمال ٦٤/٣ بتصرف (هامش "الفتاوى الهندية").

(٩) كتاب الكفالة ليس في القسم المطبوع من "الأصل".

(١٠) "الولولجية": كتاب الكفالة والحوالة - الفصل الثاني فيما يكون مؤجلاً في حق الكفيل وفيما لا يكون إلخ ٤٠٤/٤.

وهو غير صبيٍّ وعبدٍ محجورين، "ابن مَلَكٍ" (رجَعَ) عليه (بما أدَّى)

يرجعُ مُطْلَقاً، ومثلهُ في "الذخيرة"، وكذا في "كافي الحاكم"، قال في "النهر"^(١): ((وَأَجْمَعُوا عَسَى أَنْ لِلْمَأْمُورِ لَوْ كَانَ خَلِيطاً رَجَعَ^(٢)، وهو الذي في عِيَالِهِ مِنْ وَالِدٍ، أَوْ وَلَدٍ، أَوْ زَوْجَةٍ، أَوْ أَجِيرٍ، وَالشَّرِيكَ شَرِكَةَ عِنَانٍ، كَذَا فِي "الْبَيْنَانِ"، وَقَالَ فِي "الْأَصْلِ"^(٣): وَالْخَلِيطُ أَيْضاً الَّذِي يَأْخُذُ مِنْهُ وَيُعْطِيهِ وَيُدَايِنُهُ وَيَضَعُ عِنْدَهُ الْمَالَ. وَالظَّاهِرُ أَنَّ الْكَلَّ يُعْطَى لَهُمْ حُكْمُ الْخَلِيطِ))، وعامتهُ فيه.

قلتُ: وما استظهرهُ مصرَّحٌ به في "كافي الحاكم".

[٢٥٦٠٩] (قوله: وهو غير صبيٍّ إلخ) قال في "جامع الفصولين"^(٤): ((الكفالةُ بأمرٍ إنما تُوجِبُ الرُّجُوعَ لو كان الأمرُ مِنْ يَجُوزُ إِقْرَارُهُ عَلَى نَفْسِهِ، فلا يرجعُ على صبيٍّ محجورٍ ولو أُمِرَ، ويرجعُ على القنِّ بعدَ عِتْقِهِ)) اهـ. قال في "البحر"^(٥): ((بِخِلَافِ الْمَأْذُونِ فِيهِمَا؛ لَصَحَّةِ أَمْرِهِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ أَهْلًا لَهَا)) أي: للكفالة.

[٢٥٦١٠] (قوله: بما أدَّى) شَمِلَ ما إذا صالَحَ الكفيلُ الطَّالِبَ عن الألفِ بِخَمْسِمِائَةٍ فِيرَجِعُ بِهَا لَا بِالْفَيْ؛ لِأَنَّهُ إِسْقَاطٌ أَوْ إِبْرَاءٌ كَمَا فِي "الْبَحْرِ"^(٦)، وَقَالَ أَيْضاً:^(٧) ((إِنَّ قَوْلَهُ: رَجَعَ بِمَا أَدَّى مُقَيَّدٌ بِمَا إِذَا دَفَعَ مَا وَجَبَ دَفْعُهُ عَلَى الْأَصِيلِ، فَنُو كَفَلَ عَنِ الْمُسْتَأْجِرِ بِالْأَجْرَةِ فَدَفَعَ الْكَفِيلُ قَبْلَ الْوُجُوبِ لَا رُجُوعَ لَهُ كَمَا فِي إِجَارَاتِ "الْبِرَازِيَّةِ"^(٨))) اهـ.

(١) "النهر": كتاب الكفالة ق ٤١٨/أ.

(٢) في "٣": ((يرجع)).

(٣) كتاب الكفالة ليس في القسم المطبوع من "الأصل".

(٤) "جامع الفصولين": الفصل الثلاثون في التصرفات الفاسدة وأحكامها وفيما يكون مضموناً بالقبض والحبس وما لا يكون ٥٣/٢.

(٥) "البحر": كتاب الكفالة ٢٤٣/٦.

(٦) "البحر": كتاب الكفالة ٢٤٤/٦.

(٧) "البرازية": كتاب الإجازات - الفصل الرابع في إجارة الدواب وما يتصل به التوكيل بها ٦٨/٥ - ٦٩ (هامش "الفتاوى الهندية").

إِنْ أَدَّى بِمَا ضَمِنَ^(١)، وَإِلَّا فَبِمَا ضَمِنَ^(٢) وَإِنْ أَدَّى أَرْدَأُ؛ لِلْمَلِكِ الدَّيْنَ بِالْأَدَاءِ فَكَانَ كَالطَّالِبِ، وَكَمَا لَوْ مَلَكَهُ بَهِيَّةٌ أَوْ إِرْثٌ، "عَيْنِي"^(٣)،

قلتُ: ونظيره ما لو أَدَّى الْأَصِيلُ قَبْلَهُ، ففِي "حَاوِي الزَّاهِدِي": ((الْكَفِيلُ بِأَمْرِ الْأَصِيلِ أَدَّى الْمَالَ إِلَى الدَّائِنِ بَعْدَمَا أَدَّى الْأَصِيلُ وَلَمْ يَعْلَمْ بِهِ لَا يَرْجِعُ بِهِ؛ لِأَنَّهُ شَيْءٌ حُكْمِيٌّ، فَلَا فَرْقَ فِيهِ بَيْنَ الْعِلْمِ وَالْجَهْلِ، كَعَزْلِ الْوَكِيلِ)) اهـ. أَي: بَلْ يَرْجِعُ عَلَى الدَّائِنِ.

٢٧١/٤

(٢٥٦١١) (قَوْلُهُ: إِنْ أَدَّى بِمَا ضَمِنَ) الْأَوَّلَى حَذْفُ الْبَاءِ.

(٢٥٦١٢) (قَوْلُهُ: وَإِنْ أَدَّى أَرْدَأُ) ((إِنْ)) وَصَلِيَّةٌ، أَي: إِنْ لَمْ يُوَدَّ مَا ضَمِنَ لَا يَرْجِعُ بِمَا

أَدَّى بَلْ بِمَا ضَمِنَ كَمَا إِذَا ضَمِنَ بِالْجِدِّ فَأَدَّى الْأَرْدَأُ أَوْ بِالْعَكْسِ.

(٢٥٦١٣) (قَوْلُهُ: لِلْمَلِكِ الدَّيْنَ بِالْأَدَاءِ الْخ) أَي: يَرْجِعُ بِمَا ضَمِنَ لَا بِمَا أَدَّى؛ لِأَنَّ رُحُوعَهُ

بِحُكْمِ الْكَفَالَةِ، وَحُكْمُهَا أَنَّهُ يَمْلِكُ الدَّيْنَ بِالْأَدَاءِ فَيَصِيرُ كَالطَّالِبِ نَفْسِهِ^(٤) فَيَرْجِعُ بِنَفْسِ الدَّيْنِ، فَصَارَ كَمَا إِذَا مَلَكَ الْكَفِيلُ الدَّيْنَ بِالْإِرْثِ بَأَنِّ مَاتَ الطَّالِبُ وَالْكَفِيلُ وَارِثُهُ فَإِنَّمَا لَهُ عَيْنُهُ، وَكَذَا إِذَا وَهَبَ الطَّالِبُ الدَّيْنَ لِلْكَفِيلِ فَإِنَّهُ يَمْلِكُهُ وَيُطَالِبُ بِهِ الْمَكْفُولَ بَعَيْنِهِ وَصَحَّتِ الْهَبَةُ، مَعَ أَنَّ هَبَةَ الدَّيْنِ لَا تَصِحُّ إِلَّا مِمَّنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ، وَلَيْسَ الدَّيْنُ عَلَى الْكَفِيلِ عَنِ الْمُخْتَارِ؛ لِأَنَّ الْوَاهِبَ إِذَا أَدَّى لِلْمُوْهَبِ بَقَبْضِ الدَّيْنِ جَازَ اسْتِحْسَانًا، وَهَذَا بِعَقْدِ الْكَفَالَةِ سُلْطَةُ عَنِ قَبْضِهِ

(قَوْلُهُ: لِأَنَّ الْوَاهِبَ إِذَا أَدَّى لِلْمُوْهَبِ بَقَبْضِ الدَّيْنِ جَازَ الْخ) مَا ذَكَرَهُ مِنْ هَذِهِ الْعِلَّةِ غَيْرُ كَافٍ

لِصَحَّةِ الْهَبَةِ؛ لِأَنَّ التَّسْلِيْطَ وَإِنْ وَجِدَ لَمْ يُوْجَدْ قَبْضُ الْكَفِيلِ مِنَ الْمَدْيُونِ لِلدَّيْنِ، وَقَدْ قُلْنَا بِصَحَّتِهَا بِمَجْرَدِ قَبُولِهَا. وَتَقَدَّمَ أَنَّ هَذَا الْفَرْعَ مِمَّا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْكَفَالَةَ ضَمٌّ دَمَّةٌ إِلَى دَمَّةٍ فِي الدَّيْنِ.

(١) فِي "د" وَ"و": ((ضَمْنَهُ)).

(٢) فِي "و": ((ضَمْنَهُ)).

(٣) "رَمَزُ الْحَقَائِقِ": كِتَابُ أَحْكَامِ الْكَفَالَةِ ٧٣/٢ يَتَصَرَّفُ.

(٤) فِي "الْأَصْلِ": ((بِنَفْسِهِ)).

(وإن بغيره لا يرجع)؛ لتبرُّعه، إلّا إذا أجازَ في المجلس فيرجع، "عماديّة". وحيلة الرُّجوع بلا أمرٍ أن يَهَبَ الطالبُ الدَّينَ ويوكِّله بقَبْضِهِ، "ولوالجِية". (ولا يُطالبُ كفيلٌ أصيلاً (بمَالٍ قَبْلَ أن يودّي) الكفيلُ (عنه)؛)

عند الأداء، وهذا بخلاف المأمور بقضاء الدَّينِ فإنَّه يرجع بما أدّى؛ لأنَّه لم يَمْلِكِ الدَّينَ بالأداء، وتأمُّه في "الفتح" (١).

(٢٥٦١٤) (قوله: وإن بغيره) أي: وإن كَفَلَ بغير أمره لا يرجع.

(٢٥٦١٥) (قوله: إلّا إذا أجازَ في المجلس) أي: قبلَ قَبُولِ الطالبِ، فلو كَفَلَ بحضرتيها بلا أمره فرضي المطلوب أولاً رجَّع، ولو رَضِيَ الطالبُ أولاً لا؛ لتمام العقدِ به فلا يتغيَّر، "فهيستاني" (٢) عن "الحانية" (٣). وقُدِّمناه (٤) أيضاً عن "السراج".

(٢٥٦١٦) (قوله: وحيلة الرُّجوع بلا أمرٍ (الخ) عبارة "الولوالجِية" (٥)): ((رجلٌ كَفَلَ بنفسِ رجلٍ ولم يقدرْ على تسليمِهِ، فقال له الطالبُ: ادفعْ إليَّ مالي على المكفولِ (٦) عنه حتّى تبرأَ من الكفالة، فأرادَ أن يودّيهُ على وجهٍ يكونُ له حقُّ الرُّجوع على المطلوب، فالحيلة في ذلك أن يدفعَ الدَّينَ إلى الطالبِ ويَهَبَ الطالبُ ما له على المطلوب ويوكِّله بقَبْضِهِ، فيكونُ له حقُّ المطالبة،

(قوله: فإنَّه يرجع بما أدّى (الخ) هذا ظاهرٌ إذا لم يُخالفْ أمره بالزيادة أو بنحسٍ آخر، وقال في "البحر": ((بخلاف المأمور بقضاء الدَّينِ فإنَّه يرجع بما أدّى إن أدّى أرْداً، وإن أجودَّ لم يرجع إلّا بالدَّينِ، فيرجع بما أدّى ما لم يُخالفْ أمره بالزيادة إلى جنسٍ آخر)).

(١) انظر "الفتح": كتاب الكفالة ٣٠٥/٦ وما بعدها.

(٢) "جامع الرموز": كتاب الكفالة ١١٤/٢ بتصرف.

(٣) "الحانية": كتاب الكفالة والحوالة - فصل في الكفالة بالمال ٦٣/٣ بتصرف (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) المقولة [٢٥٥٦٢] قوله: ((ولو فضولاً)).

(٥) "الولوالجِية": كتاب الحيل ٤٢٦/٥ - ٤٢٧.

(٦) في "م": ((الكفول))، وهو خطأ.

فإذا قبضه يكون له حق الرجوع؛ لأنه لو دفع المال إليه بغير هذه الحيلة يكون متطوعاً، ولو أدى بشرط أن لا يرجع لا يجوز (أهـ. [١٧٥/٣ ب] ولا يخفى أنه ليس في ذلك كفالة مال، بل كفالة نفس فقط، لكن إذا ساع له الرجوع بدون كفالة بهذه الحيلة فمع الكفالة أولى، لكن علمت أن هبة الطالب الدين للكفيل لا يشترط فيها الإذن بقبضه؛ لأن عقد الكفالة يتضمن إذنه بالقبض عند الأداء. والظاهر أنه لا فرق في ذلك بين كونها بإذن المطلوب أو بدونه، فقول "الشارح": ((ويؤكده بقبضه)) غير لازم هنا، بخلافه في مسألة "الولوالجية"؛ لأنها ليس فيها عقد كفالة بالمال، فلذلك ذكر فيها التوكيل بالقبض؛ إذ لا تصح الهبة بدونه.

وأورد أنه إذا دفع دين الأصيل برئ الأصيل من دينه، فلا رجوع له عليه إلا إذا دفع قدر الدين من غير تعرض لكونه دين الأصيل، أي: بأن يدفعه للطالب على وجه الهبة. قلت: هذا وارد على مسألة "الولوالجية"، أما على ما ذكره "الشارح" من فرض

(قوله: فإذا قبضه أي: الطالب، يكون للكفيل الرجوع على المطلوب بمقتضى الهبة.

(قوله: ولو أدى بشرط أن لا يرجع لا يجوز) أي: الرجوع على المطلوب.

(قوله: قلت: هذا وارد على مسألة "الولوالجية" إلخ) فيه: أن مسألة "الشارح" هو عين ما في "الولوالجية" لا غير، وعلى فرض أنه غيره فالظاهر وروده عليهما، فإننا لو قلنا: إن الكفيل ملك الدين بمجرد الهبة لا معنى لأداء الدين بعد ذلك للطالب بعدها؛ لأنه لا دين له بعدها، بل صار ملكاً للكفيل، فكيف يتأتى أداة إليه إلا على وجه الهبة المبتدأ؟! وحينئذ لا فرق بين كونها قبل الأداء بهذا المعنى أو بعده، تأمل.

ثم إن ما يأتي في الهبة أن هبة الدين لغير من عليه لا تصح إلا إذا أسرته بقبضه، وأنه يكون قابضاً للواهب نيابة ثم لنفسه بحكم الهبة، وقالوا: مقتضاه لا تلزم إلا إذا قبض، وله منعه وعزله عن التسليط قبله، ومقتضى ما قاله هنا أنه يملكه بمجرد الهبة. والظاهر أن المراد بصحة الهبة له انعقادها موجه للرجوع على الأصيل لا أنه ملك الدين حقيقة بمجرد هبها، وإلا كيف يتأتى ذلك؟! مع أنه لو وهبه عيناً في يد غيره وسلطه على قبضها لا يملكها إلا به، فالدين الذي هو وصف قائم في الذمة أولى، تأمل. وبهذا يتوافق ما هنا وما قاله في هبة الدين لغير من عليه.

لأنَّ تَمْلِكُهُ بِالْأَدَاءِ. نَعَمْ، لِلْكَفِيلِ أَخْذُ رَهْنٍ مِنَ الْأَصِيلِ قَبْلَ آدَائِهِ، "خَائِيَّة"، (فِي أَنْ لَوْزِمَ) الْكَفِيلُ (لَا زَمَهُ) أَي: لَزِمَ هُوَ الْأَصِيلُ أَيْضاً حَتَّى يُخْلَصَهُ.

المسألة في الكفيل بلا أمرٍ فلا؛ لِمَا عَلِمْتَ مِنْ أَنَّ الْكَفِيلَ يَمْلِكُ الدَّيْنَ. مَجَرَّدُ الْهَبَةِ وَيَرْجِعُ بَعِيْثُهُ عَلَى الْأَصِيلِ، فَافْهَمْ. نَعَمْ يَنْبَغِي أَنْ تَكُونَ الْهَبَةُ سَابِقَةً عَلَى آدَاءِ الْكَفِيلِ وَإِلَّا كَانَتْ هَبَةً دَيْنٍ سَقَطَ بِالْأَدَاءِ فَلَا تَصَحُّ.

(٢٥٦١٧) (قَوْلُهُ: لِأَنَّ^(١) تَمْلِكُهُ بِالْأَدَاءِ) أَي: تَمْلِكُ الْكَفِيلُ الدَّيْنَ إِنَّمَا يَثْبُتُ لَهُ بِالْأَدَاءِ لَا قَبْلَهُ، فَإِذَا آدَاهُ يَصِيرُ كَالطَّالِبِ كَمَا قَرَّرْنَاهُ آتِفًا^(٢)، فَحَيْثُ يَثْبُتُ لَهُ حَبْسُ الْمَطْلُوبِ.

(٢٥٦١٨) (قَوْلُهُ: نَعَمْ، لِلْكَفِيلِ أَخْذُ رَهْنٍ إلخ) يَعْنِي: لَوْ دَفَعَ الْأَصِيلُ إِلَى الْكَفِيلِ رَهْنًا بِالْدَّيْنِ فَلَهُ أَخْذُهُ، وَالْأَوَّلُ فِي التَّعْبِيرِ أَنْ يُقَالَ: نَعَمْ، لِلْأَصِيلِ دَفْعُ رَهْنٍ لِلْكَفِيلِ؛ لِفَلَا يُوهِمُ لَزُومُ الدَّفْعِ عَلَى الْأَصِيلِ بِطَلِبِ الْكَفِيلِ، وَقَدْ تَبَيَّنَ "الشَّارَحُ" فِي هَذَا التَّعْبِيرِ صَاحِبُ "الْبَحْرِ"^(٣) أَخْذًا مِنْ عِبَارَةِ "الْخَائِيَّةِ"^(٤) مَعَ أَنَّهَا إِنَّمَا تُفِيدُ مَا قُلْنَا، فَإِنَّهُ قَالَ فِيهَا^(٥): ((ذَكَرَ فِي "الْأَصْلِ"^(٥) أَنَّهُ لَوْ كَفَلَ بِمَالٍ مُوَجَّلٍ عَلَى الْأَصِيلِ فَأَعْطَاهُ الْمَكْفُولُ عَنْ رَهْنٍ بِذَلِكَ جَازٍ، وَلَوْ كَفَلَ بِنَفْسِ رَجُلٍ عَلَى أَنَّهُ إِنْ لَمْ يُؤَافِ بِهِ إِلَى سَنَةٍ فَعَلَيْهِ الْمَالُ الَّذِي عَلَيْهِ وَهُوَ أَلْفُ دِرْهَمٍ، ثُمَّ أَعْطَاهُ الْمَكْفُولُ عَنْهُ بِالْمَالِ رَهْنًا إِلَى سَنَةٍ كَانَ الرَّهْنُ بَاطِلًا؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَجِبِ الْمَالُ لِلْكَفِيلِ عَلَى الْأَصِيلِ بَعْدَ،

(قَوْلُهُ: لِأَنَّهُ لَمْ يَجِبِ الْمَالُ لِلْكَفِيلِ عَلَى الْأَصِيلِ بَعْدَ) هَذِهِ الْعِلَّةُ مُوجُودَةٌ فِي مَسْأَلَةِ "الشَّارَحِ" وَمَعَ ذَلِكَ صَحَّ الرَّهْنُ. نَعَمْ، يُقَالَ: إِنَّ مَسْأَلَةَ "الشَّارَحِ": وَجِبَ الدَّيْنُ لِلْكَفِيلِ مُوَجَّلًا، بِخِلَافِ مَسْأَلَةِ التَّعْلِيْقِ، فَإِنَّهُ لَمْ يَجِبْ أَصْلًا عَلَى مَا يَأْتِي.

(١) فِي "الْأَصْلِ" وَ"ك" وَ"ز": ((لَأَنَّهُ)).

(٢) الْمَقُولَةُ [٢٥٦١٣] قَوْلُهُ: ((يَلْزِمُكَ الدَّيْنُ بِالْأَدَاءِ إلخ)).

(٣) "الْبَحْرُ": كِتَابُ الْكِفَالَةِ ٢٤٤/٦.

(٤) "الْخَائِيَّةُ": كِتَابُ الْكِفَالَةِ وَالْحَوَالَةِ - فَصْلُ فِي الْكِفَالَةِ بِالْمَالِ ٦٣/٣ - ٦٤ بِاخْتِصَارِ (هَامِشِ "الْفَتَاوَى الْهِنْدِيَّة").

(٥) كِتَابُ الْكِفَالَةِ لَيْسَ فِي الْقِسْمِ الْمَطْبُوعِ مِنْ "الْأَصْلِ".

(وإذا حبسَهُ له حبسُهُ) هذا إذا كَفَلَ بِأَمْرِهِ ولم يكنْ على الكفيلِ للمطلوبِ دَيْنٌ مثلهُ، وإلاَّ فلا مُلازمةَ ولا حبسَ، "سراج". وفي "الأشباه"^(١):

وكذا لو قال: إن مات فلانٌ ولم يُؤدِّكْ فهو عليّ، ثم أعطاهُ المكفولُ عنه رهناً لم يَجْزُ، وعن أبي يوسفٍ في "النوادر": يَحْوزُ)) اهـ.

[٢٥٦١٩] (قوله: وإذا حبسَهُ له حبسُهُ) في "حاشية المنح" لـ "الرَّمْلِيَّ": ((أقول: سيأتي في كتاب القضاء من بحث الحبسِ أنَّ المكفولَ له يتمكَّنُ من حبسِ الكفيلِ والأصيلِ وكفيلِ الكفيلِ وإنْ كثُرُوا)) اهـ.

[٢٥٦٢٠] (قوله: هذا إذا كَفَلَ بِأَمْرِهِ إلخ) تقييدٌ لقولِ "المصنّف": ((فإنْ لَوَزِمَ لازِمَةً إلخ))، وقيدَهُ أيضاً في "البحر"^(٢) بحثاً: ((عما إذا كان المألُ حالاً على الأصيلِ كالكفيلِ، وإلاَّ فليس له مُلازمةُ)) اهـ. وقيدَهُ في "الشَّرْئِلائيَّة"^(٣) أيضاً: ((عما إذا لم يكنِ المطلوبُ من أصولِ الطَّالِبِ، فلو كان أباهُ مثلاً ليس له حبسُ الكفيلِ؛ لِمَا يلزِمُ من فعلِ ذلك بالمطلوبِ، وهو مُمتنعٌ)) أي: لأنَّهُ لا يُحبَسُ الأصيلُ بذَيْنِ فَرَعِهِ، وإذا امتنعَ اللازمُ امتنعَ الملزومُ، واعتراضُهُ السيّدُ "أبو السُّعود"^(٤): ((تَمَنَعُ الملازمةُ، وبأنَّه مُخَالِفٌ للمنقولِ في "القَهْستاني"^(٥))، فلا يُعوَّلُ عليه وإنْ تَبَعَهُ بعضهم)) اهـ.

قلتُ: وعِبَارَةُ "القَهْستاني"^(٥): ((وإنْ حُبِسَ حبسَ هو المكفولُ عنه إلاَّ إذا كان كَفِيلًا عن أحدِ الأبوينِ أو الجدَّينِ، فإنَّهُ إنْ حُبِسَ لم يَحْبِسْهُ، به يُشْعِرُ قضاء "الخلاصة"^(٦))) اهـ.

(١) "الأشباه والنظائر": الفن الثاني: الفوائد - كتاب الكفالة ص-٢٥٢..

(٢) "البحر": كتاب الكفالة ٦/٢٤٥.

(٣) "الشَّرْئِلائيَّة": كتاب الكفالة ٣٠٣/٢ بتصرف (هامش "الدرر والغرر").

(٤) "فتح المعين": كتاب الكفالة ١١/٣.

(٥) "جامع الرموز": كتاب الكفالة ١١٤/٢ بتصرف.

(٦) "الخلاصة": كتاب القضاء - الفصل التاسع في الحبس - الجنس الأول ق ٢٠٩/أ.

ولا يخفى أنَّ المتبادرَ من هذه العبارة ما إذا كان الطالبُ أجنبيًّا والمطلوبُ - أي: المدينُ - أصلاً للكفيلِ لا للطالبِ، وهذا غيرُ ما في "الشُرْنِبَالِيَّة" وهو ما إذا كان المطلوبُ أصلاً للطالبِ لا للكفيلِ، فما في "الشُرْنِبَالِيَّة" تقييدٌ لقولهم: إنَّ للطالبِ حبسَ الكفيلِ، وما في "القَهْستاني" تقييدٌ لقولهم: للكفيلِ حبسُ المكفُولِ إذا حبسَ، أي: إذا كان المكفُولُ أصلاً للكفيلِ فلطالِبِ الأجنبيِّ حبسَ الكفيلِ، وليس للكفيلِ إذا حبسَ أنَّ يحبسَ المكفُولَ؛ لكونه أصله، بخلاف ما إذا كان المكفُولُ أصلاً للطالبِ، فإنه ليس للطالبِ حبسُ الكفيلِ؛ لأنَّه يلزمُ من حبسه له أن يحبسَ هو المكفُولَ، فيلزمُ حبسُ الأصل^(١) بدنينِ فرعه، وقد ذكرَ ذلك "الشُرْنِبَالِي" في رسالةٍ خاصَّةٍ^(٢)، وذكرَ فيها أنه سئلَ عن هذه المسألة ولم يجدَ فيها نقلاً وحقَّقَ فيها ما ذكرناه، لكنْ ذكرَ "الخَيْرُ الرَّمْلِي" في "حاشية البحر" في باب الحبسِ من كتاب القضاء: ((أنَّه وَقَعَ الاستفتاء عن هذه المسألة))، ثم قال: ((للكفيلِ حبسُ المكفُولِ الذي هو أصلُ الدائنِ؛ لأنَّه إنما حبسَ لِحَقِّ الكفيلِ، ولذلك يرجعُ عليه بما أدَّى، فهو محبوسٌ بدنينه، فلم يدخلْ في قولهم: لا يُحبسُ أصلٌ في دينِ فرعه؛ لأنَّه إنما حبسه أجنبيٌّ فيما ثبتَ له عليه)) اهـ مُلَخَّصاً. ومفادُه أنَّ للطالبِ الذي هو فرعُ المكفُولِ حبسَ الكفيلِ الأجنبيِّ؛ لأنَّ الكفيلَ لا يحبسُ المكفُولَ ما لم يحبسَهُ الطالبُ، ولا يخفى أنَّ المكفُولَ إنما يحبسُ بدنينِ الطالبِ حقيقةً، فيلزمُ حبسُ الأصلِ بدنينِ فرعه وإنْ كان الحابسُ له مباشرةً غيرَ الفرع.

(قوله): ولا يخفى أنَّ المكفُولَ إنما يُحبسُ بدنينِ الطالبِ حقيقةً، فيلزمُ حبسُ الأصلِ بدنينِ فرعه (إلخ) سيأتي له عن "النهاية" عند قوله: ((ولا يَسْتَرِدُّ أصيلاً ما أدَّى إلى الكفيلِ)): ((أنَّ الكفالةَ توجبُ ديناً للكفيلِ على الأصيْلِ لكنَّه مَوْجَلٌ إلى وقتِ الأداء، ولذا لو أخذَ الكفيلُ من الأصيْلِ رهناً، أو أبرأه، أو وهبَ منه الدينَ صَحَّ (إلخ)). ومقتضى هذا صحَّةُ ما قاله "الرَّمْلِي"، وأنَّ الحبسَ إنما لذنينِ الكفيلِ وإنْ كان مَوْجَلًا؛ لأنَّه هو الذي أَوْقَعَهُ في هذه الورطة، تأمل.

(١) في "الأصيل": ((الأصيل)).

(٢) انظر الرسالة السابعة والثلاثين المسماة: "النعمة المحددة بكفيل الوالدة" ق ٢٣٨/ب (ضمن "رسائل الشرنبلالي").

((أداء الكفيل يُوجبُ براءتهما للطالب، إلا إذا أحاله الكفيلُ على مديونه وشرطَ براءة نفسه فقط)).

نعم يظهر ما ذكره "الخير الرملي" على القول بأن الكفالة ضمّ ذمّة إلى ذمّة في الدين، لكن عِلِمَتِ أَنَّ الكفيلَ لَا يَمْلِكُ الدَّيْنَ قَبْلَ الْأَدَاءِ فَبَقِيَ الدَّيْنُ لِلطَّالِبِ وَلَزِمَ المحذور، والله سبحانه أعلم، فافهم.

[٢٥٦٢١] (قوله: يُوجبُ براءتهما) أي: براءة الكفيل والأصيل. وقوله: ((للطالب)) قيل: متعلق بـ: ((أداء)).

قلت: وفيه بُعد، والأظهر تعلُّقه بمحذوفٍ على أنه حالٌّ من ((براءة)) أي: مُنتهية إلى الطالب، على أَنَّ ((اللام)) بمعنى ((إلى))، ونظيره قوله الآتي: ((برئت إلي))، فافهم.

[٢٥٦٢٢] (قوله: إلا إذا أحاله) فإنَّ الحوالة - كما يأتي^(١) - نَقْلُ الدَّيْنِ مِنْ ذِمَّةِ الْمُحِيلِ إِلَى ذِمَّةِ الْمُحَالِ عَلَيْهِ، فهو في حُكْمِ الْأَدَاءِ، فصَحَّ الاستثناء، فافهم.

[٢٥٦٢٣] (قوله: وشرطَ براءة نفسه فقط) فحينئذٍ يبرأ الكفيل دون الأصيل، وللطالب أخذُ الأصيل أو المُحالِ عليه بدنيته ما لم يتو^(٢) المأل على المُحالِ عليه، وبدونِ هذا الشرطِ يبرأ الأصيل أيضاً؛ لأنَّ الدَّيْنَ عَلَيْهِ، والحوالة حصلت بأصل الدَّيْنِ فتضمّنت براءتهما كما في "البحر"^(٣) عن "السراج".

(قوله: نعم يظهر ما ذكره "الخير الرملي" على القول بأن الكفالة ضمّ ذمّة إلخ) لا يظهر ما قاله "الرملي" على هذا القول أيضاً، فإنه لا دَيْنَ للكفيل على المطلوب وإن كان كلٌّ منهما مديوناً للطالب.

(١) الموقلة [٢٥٨٢٧] قوله: ((وشرعاً: نَقْلُ الدَّيْنِ إلخ)).

(٢) في "م": ((بنو)) بالنون، وهو خطأ.

(٣) "البحر": كتاب الكفالة ٢٤٦/٦.

(وَبَرَّئَ) الْكَفِيلُ (بِأَدَاءِ الْأَصِيلِ) إِجْمَاعًا، إِلَّا إِذَا بَرَّهَنَ عَلَى أَدَائِهِ قَبْلَ الْكَفَالَةِ فَيَبْرَأُ فَقَطْ كَمَا لَوْ حَلَفَ،

مطلب فيما يبرأ به الكفيل^(١) عن المال

[٢٥٦٢٤] (قوله): (وَبَرَّئَ الْكَفِيلُ بِأَدَاءِ الْأَصِيلِ) وكذا يبرأ لو شَرَطَ الدَّفْعَ مِنْ وَدِيعَةٍ فَهَلَكَتْ، ففي "الكافي": ((لو كَفَلَ بِالْفَرَسِ عَنْ فُلَانٍ عَلَى أَنْ يُعْطِيَهَا إِيَّاهُ مِنْ وَدِيعَةٍ لِفُلَانٍ عِنْدَهُ جَارَ، فَإِنْ هَلَكَتْ الْوَدِيعَةُ فَلَا ضَمَانَ عَلَى الْكَفِيلِ)) اهـ. وفيه أيضًا في باب بَطْلَانِ الْمَالِ عَنِ الْكَفِيلِ بِغَيْرِ أَدَاءٍ وَلَا إِبْرَاءٍ: ((لو كَفَلَ عَنْ رَجُلٍ بِالثَّمَنِ فَاسْتَحَقَّ الْمُبِيعُ مِنْ يَدِهِ، أَوْ رَدَّهُ بَعِيْبٍ وَلَوْ بِبَلَا قَضَاءٍ، أَوْ بِإِقَالَةٍ، أَوْ بِخِيَارٍ رُؤْيَةٍ، أَوْ بِفَسَادِ الْبَيْعِ بَرَّئَ الْكَفِيلُ. وكذا لو بَطَلَ الْمَهْرُ أَوْ بَعْضُهُ عَنِ الزَّوْجِ بِوَجْهِ بَرٍّ يَمَّا بَطَلَ عَنِ الزَّوْجِ، أَوْ ضَمِنَ الْمُشْتَرِي الثَّمَنَ لَغَرِيمٍ الْبَائِعِ فَاسْتَحَقَّ الْمُبِيعُ مِنْ يَدِ الْمُشْتَرِي بَطَلَتِ الْكَفَالَةُ أَيْضًا، وكذلك الْحَوَالَةُ، أَمَّا لَوْ رَدَّهُ الْمُشْتَرِي بَعِيْبٍ وَلَوْ بِبَلَا قَضَاءٍ لَمْ يَبْرَأِ الْكَفِيلُ وَيَرْجِعُ بِهِ عَلَى الْبَائِعِ، وكذا لو هَلَكَ الْمُبِيعُ قَبْلَ التَّسْلِيمِ، أَوْ ضَمِنَ الزَّوْجُ مَهْرَ الْمَرْأَةِ لَغَرِيمِهَا ثُمَّ وَقَعَتْ بَيْنَهُمَا فُرْقَةٌ مِنْ قَبْلِهِ أَوْ مِنْ قِيلِهَا لَمْ يَبْطُلِ الضَّمَانُ))، وتاممه فيه.

[٢٥٦٢٥] (قوله): (إِلَّا إِذَا بَرَّهَنَ) أَي: الْأَصِيلُ عَلَى أَدَائِهِ قَبْلَ الْكَفَالَةِ فَيَبْرَأُ - أَي: الْأَصِيلُ - فَقَطْ - أَي: دُونَ الْكَفِيلِ؛ لَأَنَّهُ أَفْرَقَ بِهِذِهِ الْكَفَالَةَ أَنَّ الْأَلْفَ عَلَى الْأَصِيلِ، وبهذا يظهر أَنَّ الاستثناء مُنْقَطِعٌ؛ لِمَا فِي "البحر"^(٢): ((مِنْ أَنَّ هَذَا لَيْسَ مِنَ الْبَرَاءَةِ، وَإِنَّمَا تَبَيَّنَ أَنَّ لَا دَيْنَ عَلَى الْأَصِيلِ، وَالْكَفِيلُ غُومِلَ بِإِقْرَارِهِ))، أَي: لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ لَمَّا قَامَتْ عَلَى الْأَدَاءِ قَبْلَ الْكَفَالَةِ عَلِمَ أَنَّ مَا كَفَلَ بِهِ الْكَفِيلُ غَيْرُ هَذَا الدَّيْنِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا بَرَّهَنَ أَنَّهُ قَضَاهُ بَعْدَ الْكَفَالَةِ ففي "البحر"^(٣) أَنَّهُمَا يَبْرَأَنِ.

(قوله): أَمَّا لَوْ رَدَّهُ الْمُشْتَرِي بَعِيْبٍ وَلَوْ بِبَلَا قَضَاءٍ لَمْ يَبْرَأِ الْكَفِيلُ (الخ) هذا بالنسبة للغريم كما هو ظاهر. وقوله: ((بِلَا قَضَاءٍ)) لَعَلَّ حَقَّهُ: وَلَوْ بِقَضَاءٍ^(٤).

(١) في "م": ((الكليل))، وهو خطأ.

(٢) "البحر": كتاب الكفالة ٢٤٥/٦ - ٢٤٦.

(٣) "البحر": كتاب الكفالة ٢٤٥/٦.

(٤) نقول: عبارة "المبسوط" ٩٦/٢٠: ((وَأَوْ رَدَّهُ الْمُشْتَرِي بَعِيْبٍ بِقَضَاءٍ أَوْ بِغَيْرِ قَضَاءٍ... (الخ))، وعليه فلا يتَّحَمُّ مَا أوردته الرَّافِعِيُّ عَلَى الْعِبَارَةِ.

"بحر". (ولو أبرأ الطالبُ الأصلَ، أو أخرَّ عنه) أي: أجلُّه

[٢٥٦٢٦] (قوله: "بحر") صوابه "نهر"^(١)، فإنه نقلَ عن "القنية"^(٢): ((براءةُ الأصلِ إنما توجبُ براءةَ الكفيلِ إذا كانت بالأداء أو الإبراء، فإن كانت بالحلف فلا؛ لأنَّ الحلفَ يُفيدُ براءةَ الحالفِ فحسبُ)) اهـ. [١٧٦/٣] والظاهرُ أنه مصوَّرُ فيما إذا كانت الكفالةُ بغيرِ أمرِهِ، وإلاَّ فقوله: اكفُلْ عني فلانَ بكذا إقرارٌ بالمالِ لفلانَ كما في "الحانية"^(٣) وغيرها، وحينئذٍ إذا ادَّعى عليه المالُ فأنكرَ وحلفَهُ برئٍ وحده، وإنما قلنا كذلك لأنه لو ادَّعى الأصلُ الأداءَ فعليه البيِّنة لا اليمينُ، تأملْ.

[٢٥٦٢٧] (قوله: ولو أبرأ الطالبُ الأصلَ إلخ) محلُّ براءةِ الكفيلِ بإبراءِ الطالبِ الأصلِ إذا لم يكفُلْ بشرطِ براءةِ الأصلِ، فإن كفَلَ كذلك برئَ الأصلِ دونَ الكفيلِ؛ لأنها حوالةٌ، "ط"^(٤). ولو قال: ولو برئَ الأصلُ لشملَ ما في "الحانية"^(٥): ((لو مات الطالبُ والأصلُ وارثُهُ برئَ الكفيلُ أيضاً)) اهـ "بحر"^(٦).

(قوله: والظاهرُ أنه مصوَّرُ فيما إذا كانت الكفالةُ بغيرِ أمرِهِ إلخ) يصوَّرُ أيضاً بما إذا كانت بأمرِهِ، بأن قال: اكفُلْني بما عليَّ فكفَلَهُ بألفٍ وأنكرَ أنْ تكونَ عليه، بل قال: عليَّ غيرها أو أقلُّ وحلفَ، فإنَّ الكفيلَ يُطالبُ بها ويبرأُ الأصلُ عنها بحلفِهِ وإن كان يلزمُهُ ما أقرَّ به.

(قوله: محلُّ براءةِ الكفيلِ بإبراءِ الطالبِ الأصلِ إذا لم يكفُلْ بشرطِ براءةِ الأصلِ إلخ) هكذا ذكره في "البحر"، ويظهرُ أنه لا حاجةَ له، فإن الأصلَ برئَ بمجرّدِ الكفالةِ على الوجهِ المذكورِ بدونِ توقُّفٍ على الإبراءِ؛ لأنها حينئذٍ إبراءٌ.

(١) "النهر": كتاب الكفالة ق١٨٨/ب، نقول: والمسألة في "البحر" أيضاً بتصرف، انظر "البحر": كتاب الكفالة ٢٤٥/٦.

(٢) "القنية": كتاب الكفالة - باب أداء الأصلِ إلى الكفيلِ ق١٥٧/ب، نقلًا عن "فتاوى خواهر زاده".

(٣) "الحانية": كتاب الكفالة والحوالة - فصل في الكفالة بالمال ٦١/٣ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) "ط": كتاب الكفالة ١٥٦/٣.

(٥) "الحانية": كتاب الكفالة والحوالة - فصل في الكفالة بالمال ٧٠/٣ بتصرف (هامش "الفتاوى الهندية").

(٦) "البحر": كتاب الكفالة ٢٤٥/٦.

(برئ الكفيل) تَبَعًا للأصيل إِلَّا كفيل النفس كما مر، (وتأخر الدَّيْنُ عنه) تَبَعًا للأصيل؛
إِلَّا إِذَا صَالَحَ الْمَكَاتِبُ عَنْ قَتْلِ الْعَمَلِ بِمَالٍ.....

[٢٥٦٢٨] (قوله: برئ الكفيل) بشرط قبول الأصيل، وموته قبل القبول والرّد يقوم مقام القبول، ولو رُدّه ارتدّ، وهل يعود الدَّيْنُ على الكفيل أم لا؟ خلاف، كذا في "الفتح"^(١)، "نهر"^(٢). وفي "التارخانية"^(٣) عن "المحيط"^(٤): ((لا ذكْرُ لهذه المسألة في شيء من الكتب، واختلَفَ المشايخ فمنهم من قال: لا يبرأ الكفيل، أي: برّد الأصيل الإبراء كما في ردّ الهبة، ومنهم من قال: يبرأ الكفيل)) اهـ. قال في "الفتح"^(٥): ((وهذا بخلاف الكفيل، فإنه إذا أبرأه صحَّ وإن لم يقبل، ولا يرجع على الأصيل، ولو كان إبراء الأصيل أو هبته أو التصدّق عليه بعد موته فعند "أبي يوسف": القبول والرّد للورثة، فإن قبلوا صحَّ، وإن ردّوا ارتدّ، وقال "محمد": لا يرتدّ برّدهم كما لو أبرأه^(٦) في حال حياته ثم مات، وهذا يختصّ بالإبراء)) اهـ.
[٢٥٦٢٩] (قوله: كما مر) أي: قبيل الكفالة بالمال^(٧).

[٢٥٦٣٠] (قوله: وتأخر الدَّيْنُ عنه) مُرْتَبِطُ بقوله: ((أو أخر عنه))، وشيئ كفيل الكفيل، فإذا أخر الطالب عن الأصيل تأخر عن الكفيل وكفيله، وإن أخره عن الكفيل الأول تأخر عن
(قوله: بشرط قبول الأصيل إلخ) سكوته كذلك كما في "السندي"، فاشتراط القبول ليس على ظاهره، بل المراد أنه يشترط عدم الرّد فيدخل السكوت.
(قوله: كما لو أبرأهم إلخ) حقّه ضمير الإفراد، تأمل.

(١) "الفتح": كتاب الكفالة ٣٠٧/٦.

(٢) "نهر": كتاب الكفالة ٤١٨/٤ ب.

(٣) "التارخانية": كتاب الكفالة - الفصل العاشر في براءة الكفيل إلخ ٤/٢١٢ أ.

(٤) نقول: نقل المسألة في "التارخانية" عن "شرح الجامع" لا "المحيط"، على أننا لم نعر على هذه المسألة في "المحيط الرهاني" ولا في "شرح الجامع الصغير" لقاضي خان.

(٥) "الفتح": كتاب الكفالة ٣٠٧/٦.

(٦) الذي في النسخ جميعها و"الفتح": ((أبرأهم))، وسياق المسألة يقتضي ما أثبتناه من ضمير الإفراد، وهو صريح عبارة "البحر" ٢٤٦/٦، وقد أشار إليه الراجعي رحمه الله.

(٧) ص٣٧- "در".

ثُمَّ كَفَّلَهُ إِنْسَانٌ، ثُمَّ عَجَزَ الْمَكَاتِبُ تَأَخَّرَتْ مُطَالِبَةُ الْمُصَالِحِ إِلَى عِتْقِ الْأَصِيلِ، وَلَهُ مُطَالِبَةُ الْكَفِيلِ الْآنَ، "أَشْبَاهُ"^(١). (وَلَا يَنْعَكِسُ) لِعَدَمِ تَبَعِيَّةِ الْأَصْلِ لِلْفَرْعِ. نَعَمْ لَوْ تَكْفَّلَ بِالْحَالِ مُوَجَّلًا تَأَجَّلَ عَنْهُمَا؛

الثاني أيضاً لا عن الأصيل كما في "الكافي"، وشرطه أيضاً قبول الأصيل، فلو رده ارتد كما أفاده في "الفتح"^(٢).

[٢٥٦٣١] (قوله: تأخرت مطالبة المصالح) مصدر مضاف إلى مفعوله والمراد به المكاتب، والفاعل ولي القتل، أو إلى فاعله، والمراد به الولي، والمفعول المكاتب، فإن المصالحة مفاعلة من الطرفين، وهذا أولى؛ لئلا يلزم الإظهار في مقام الإضمار، فافهم.

ومثل هذه المسألة ما لو كفَّل العبد المحجور بما لزمه بعد عتيقه، فإن المطالبة تتأخر عن الأصيل إلى عتيقه، ويطلب كفيلة للحال، لكن في هذين الفرعين تأخر لا بتأخير الطالب، فلم يدخل في كلام المصنف "كما أفاده في "البحر"^(٤) و"النهر"^(٥).

[٢٥٦٣٢] (قوله: ولا ينعكس) أي: لو أبرأ الكفيل، أو أحرَّ عنه - أي: أجله بعد الكفالة بالمال - حالاً لا يبرأ الأصيل ولا يتأخر عنه، قال في "النهر"^(٥): ((وإذا لم يبرأ الأصيل لم يرجع عليه الكفيل بشيء، بخلاف ما لو وهبه الدين أو تصدق عليه به حيث يرجع)) اهـ.

[٢٥٦٣٣] (قوله: نعم لو تكفل بالحال مؤجلاً إلخ) أفاد أنه لو كان مؤجلاً على الأصيل فكفَّل به^(٦) تأخر عنهما بالأولى وإن لم يُسمَّ الأجل في الكفالة كما صرح به في "الكافي" وغيره.

(١) "الأشباه والنظائر": الفن الثاني: الفوائد - كتاب الكفالة ص ٢٥٢.

(٢) ((في)) ليست في "م".

(٣) "الفتح": كتاب الكفالة ٦/٣٠٧.

(٤) "البحر": كتاب الكفالة ٦/٢٤٦.

(٥) "النهر": كتاب الكفالة ق ٤١٨/ب.

(٦) في "الأصل": ((فكفل عنه)).

لأنَّ تأجيله على الكفيل تأجيلٌ عليهما،

[٢٥٦٣٤] (قوله: لأنَّ تأجيله على الكفيل تأجيلٌ عليهما) هذا التعليل غير تام، فإنَّ العلة كما في "الفتح"^(١): ((هي أنَّ الطالبَ ليس له حال الكفالة حقَّ يقبلُ التأجيلَ إلاَّ الدَّينَ، فالْبُضْرُورَةُ يتأجَّلُ عن الأصيلِ بتأجيلِ الكفيل، أمَّا في مسألة "المتن" وهي ما إذا كانت الكفالة ثابتة قبل التأجيل فقد تقررَ حُكْمُها وهو المطالبة، ثمَّ طرأَ التأجيلُ عن الكفيل فينصَرَفُ إلى ما تقررَ عليه بها، وهو المطالبة)).

مطلب: لو كفَّلَ بالقرضِ مؤجَّلاً تأجَّلَ عن الكفيل دون الأصيل

(تنبيه)

ما ذكره "الشارح" تبعاً لـ "الهداية"^(٢) وغيرها: ((من أنه يتأجَّلُ عليهما)) يستثنى منه ما إذا أضاف الكفيل الأجل إلى نفسه بأن قال: أجلني، أو شرط الطالب وقت الكفالة الأجل للكفيل خاصة، فلا يتأخَّرُ الدَّينُ حينئذٍ عن الأصيل كما ذكره في "الفتاوى الهندية"^(٣)، ونقل "ط"^(٤) عبارتها. ويستثنى أيضاً ما لو كفَّلَ بالقرضِ مؤجَّلاً إلى سنة مثلاً فهو على الكفيل إلى ١٧٧٣/٣/١ الأجل، وعلى الأصيل حال كما في "البحر"^(٥) عن "التارخانية"^(٦) معزياً إلى "الذخيرة" و"الغياثية"^(٧)، ثمَّ نقل^(٨) خلافه عن "تلخيص الجامع": ((من شموله للقرض، وأنَّ هذا هو الحيلة في تأجيلِ القرضِ))، وسيذكره "الشارح"^(٩) آخر الباب.

(١) "الفتح": كتاب الكفالة ٣٠٨/٦ بتصرف.

(٢) "الهداية": كتاب الكفالة ٩١/٣.

(٣) "الفتاوى الهندية": كتاب الكفالة - الفصل الخامس في التعليق والتعجيل ٢٧٩/٣.

(٤) "ط": كتاب الكفالة ١٥٦/٣.

(٥) "البحر": كتاب الكفالة ٢٤٧/٦.

(٦) "التارخانية": كتاب الكفالة - الفصل السادس في الأجل والخيار في الكفالة ٢٠٦/٤ ب.

(٧) نقول: عزاً صاحب "التارخانية" المسألة إلى "الذخيرة" و"الفتاوى العتبية"، لا إلى "الفتاوى الغياثية"، وكذلك وردت عند ابن عابدين رحمه الله في "العقود الدرية" ٢٧٧/١، على أننا لم نعر على المسألة في "الفتاوى الغياثية".

(٨) أي: صاحب "البحر": كتاب الكفالة ٢٤٧/٦.

(٩) ص ١٩١ - "در".

وفيه يُشترطُ قبُولُ الأصلِ الإبراءِ

قلتُ: لكن رَدَّ العلامة "الطَّرسُوسِي" في "أنفع الوسائل" ^(١): ((بأنَّ هذا إِنَّمَا قالَهُ "الحصيري" في "شرح الجامع"، وكلُّ الكتبِ تُخالِفُهُ فلا يُلَفَّتْ إليه، ولا يَحْزُرُ العملُ به)). وقدَّمنا ^(٢) تمامَ الكلامِ عليه قبيلَ فصلِ القَرْضِ، ويؤيِّدُهُ أنَّ "الحاكمَ الشَّهيدَ" في "الكافي" صرَّحَ بأنَّه لا يتأخَّرُ عن الأصلِ، وكفى به حُجَّةً.

[٢٥٦٣٥] (قوله: وفيه) متعلِّقٌ بقوله: ((يُشترطُ))، والضَّميرُ المحرورُ عائِدٌ إلى قولِ "المتن": ((ولو أبرأَ الأصلَ إلخ))، ولو أسقطَ لفظَ ((فيه)) لكان أوضحَ، وعبارة "الدُّرر" ^(٣) هكذا: ((أبرأَ الطالبُ الأصلَ، إن قَبِلَ بَرئاً - أي: الأصلَ والكفيلَ - معاً، أو أنحرَهُ عنه تأخَّرَ عنهما بلا عكسٍ فيهما، ولو أبرأَ الكفيلَ فقط بَرئَ وإن لم يَقْبَلْ؛ إذ لا دَينَ عليه لِيحتاجَ إلى القَبُولِ، بل عليه المطالبةُ، وهي تسقطُ بالإبراءِ، ولو وهَبَ الدَّينَ له - أي: للكفيلَ - إن كان غَنياً، أو تصدَّقَ عليه إن كان فقيراً يُشترطُ القَبُولُ كما هو حُكْمُ الهبةِ والصَّدقةِ، وهبةُ الدَّينِ لغيرِ مَنْ عليه الدَّينُ تصحُّ إذا سَطَّطَ عليه، والكفيلُ مُسلَّطٌ على الدَّينِ في الجملةِ، كذا في "الكافي"، وبعدهُ له الرُّجوعُ على الأصلِ)) اهـ. وضميرُ ((بعدهُ)) للمَقْبُولِ.

وحاصلُهُ: أنَّ حُكْمَ الإبراءِ والهبةِ في الكفيلِ مُحْتِفٌ، ففي الإبراءِ لا يُحتاجُ إلى القَبُولِ، وفي الهبةِ والصَّدقةِ يُحتاجُ، وفي الأصلِ مُتَّفَقٌ فيحتاجُ إلى القَبُولِ في الكلِّ، وموئتهُ قبلَ القَبُولِ

(قولُ "الشارح": وفيه يُشترطُ قبُولُ الأصلِ الإبراءِ) انظرُهُ مع ما قالوه: ((إبراءُ الدَّائِنِ مديونُهُ لا يتوقَّفُ على قبُولِ، ويرتدُّ بالردِّ)) اهـ. وبهذا يُعلَمُ أنَّ المرادَ باشتراطِ القَبُولِ عَدَمَ الرَّدِّ فُصْدَقُ بالسُّكُوتِ.

(١) "أنفع الوسائل": مسألة الكفالة بالقرض إلى أجل ص ٣٠٠ - يتصرف.

(٢) المقولة [٢٤٢٥٠] قوله: ((لأنَّ الدَّينَ واحدٌ)).

(٣) "الدُّرر والغرر": كتاب الكفالة ٣٠٣/٢.

والرَّدُّ كالقبُولِ، "شَرْئِيَّةٌ"^(١)، وَلَمْ يَذْكُرْ حُكْمَ الرَّدِّ. وَأَفَادَ فِي "الْفَتْحِ"^(٢): ((أَنَّ الْإِبْرَاءَ وَالتَّأْخِيلَ يَرْتَدَّانِ بَرْدَ الْأَصِيلِ، وَأَمَّا الْكَفِيلُ فَلَا يَرْتَدُّ بِرَدِّهِ الْإِبْرَاءَ، بَلِ التَّأْخِيلُ. وَالْفَرْقُ أَنَّ الْإِبْرَاءَ إِسْقَاطُ مُحَضٍّ فِي حَقِّ الْكَفِيلِ لَيْسَ فِيهِ تَمْلِيكٌ مَالٍ؛ لِأَنَّ الْوَاجِبَ عَلَيْهِ مَجَرَّدُ الْمَطَالِبَةِ، وَالْإِسْقَاطُ الْمُحَضُّ لَا يَحْتَمِلُ الرَّدَّ؛ لِتَلَاشِي السَّاقِطِ، بِخِلَافِ التَّأْخِيرِ؛ لَعَوْدِهِ بَعْدَ الْأَحْلِي. فَإِذَا عُرِفَ هَذَا فَإِنَّ لَمْ يَقْبَلِ الْكَفِيلُ التَّأْخِيرَ أَوْ الْأَصِيلُ فَاَلْمَالُ حَالٌ يُطَالَبَانِ بِهِ لِلْحَالِ)) اهـ. وَقَدْ مَنَّا^(٣) تَمَامَ الْكَلَامِ عَلَيْهِ.

(تنبيه)

نَقَلَ فِي "الْبَحْرِ"^(٤) عِنْدَ قَوْلِهِ: ((وَبَطَلَ تَعْلِيْقُ الْبِرَاءَةِ)) عَنِ "الْهِدَايَةِ"^(٥) مِثْلَ مَا هُنَا: ((مِنْ أَنَّ إِبْرَاءَ الْكَفِيلِ لَا يَرْتَدُّ بِالرَّدِّ بِخِلَافِ إِبْرَاءِ الْأَصِيلِ))، ثُمَّ نَقَلَ^(٦) عَنِ "الْحَانِيَّةِ"^(٧): ((لَوْ قَالَ لِلْكَفِيلِ: أَخْرِجْتُكَ عَنِ الْكِفَالَةِ، فَقَالَ الْكَفِيلُ: لَا أَخْرُجُ لَمْ يَصِرْ خَارِجاً))، ثُمَّ قَالَ فِي "الْبَحْرِ"^(٨): ((فَبِتَّ أَنَّ إِبْرَاءَ الْكَفِيلِ أَيْضاً يَرْتَدُّ بِالرَّدِّ)) اهـ. قَالَ فِي "النَّهْرِ"^(٩): ((وَفِيهِ نَضْرٌ))، وَلَمْ يُبَيِّنْ وَجْهَهُ،

(قَوْلُهُ: لَعَوْدِهِ بَعْدَ الْأَحْلِي) الْأَحْسَنُ فِي التَّعْلِيلِ مَا يَأْتِي عَنِ "الزَّيْلَعِيِّ".

(١) "الشَّرْئِيَّةُ": كِتَابُ الْكِفَالَةِ ٣٠٣/٢ (هَامِشُ "الدَّرَرِ وَالْفَرَرِ").

(٢) "الْفَتْحُ": كِتَابُ الْكِفَالَةِ ٣٠٨/٦.

(٣) الْمَقُولَةُ [٢٥٦٣١] قَوْلُهُ: ((تَأَخَّرَتْ مَطَالِبَةُ الْمُصَالِحِ)) وَمَا بَعْدَهَا.

(٤) "الْبَحْرُ": كِتَابُ الْكِفَالَةِ ٢٤٩/٦.

(٥) "الْهِدَايَةُ": كِتَابُ الْكِفَالَةِ ٩٢/٣.

(٦) أَي: صَاحِبُ "الْبَحْرِ": كِتَابُ الْكِفَالَةِ ٢٤٩/٦.

(٧) "الْحَانِيَّةُ": كِتَابُ الْإِكْرَاهِ ٤٨٦/٣ (هَامِشُ "الْفَتَاوَى الْهِنْدِيَّةُ").

(٨) "الْبَحْرُ": كِتَابُ الْكِفَالَةِ ٢٤٩/٦.

(٩) "النَّهْرُ": كِتَابُ الْكِفَالَةِ ق ٤١٨/ب.

والتأجيل، لا الكفيل إلا إذا وهبه، أو تصدَّق عليه، "درر"^(١). قلت: وفي "فتاوى ابن نجيم": ((أجلُّه على الكفيل يتأجلُّ عليهما))، وعزاه لـ "الحاوي القدسي"،

وأجاب "المقدسي": ((بأنَّ ما في "الحائِية" في معنى الإقالة لعقد الكفالة، فحيث لم يقبلها الكفيل بطلت، فبقى الكفالة، بخلاف الإبراء؛ لأنه محض إسقاط، فيتمُّ بالمسقط)) اهـ. على أنَّ ما في "الهداية" منصوصٌ عليه في "كافي الحاكم".

[٢٥٦٣٦] (قوله: والتأجيل) هذا غير موجود في عبارة "الدُّرر" كما عرفتُه^(٢)، نَعَمْ هو في "الفتح" كما ذكرناه آنفاً^(٣).

[٢٥٦٣٧] (قوله: لا الكفيل) أي: لا يشترط قبول الكفيل الإبراء والتأجيل، لكن لم يذكر في "الدُّرر" عدم اشتراطه في التأجيل، وهو غير صحيح، بل هو شرط كما سمعته من كلام "الفتح".
 [٢٥٦٣٨] (قوله: وفي "فتاوى ابن نجيم" إلخ) ونصها^(٤): ((سئل عن رجل ضمن آخرَ في دينٍ عليه ثمن مبيع أو أجرة لازمة عليه، ثم إنَّ ربَّ المالِ أجلُّه على الكفيل إلى مدَّة معلومة، هل يصير مؤجلاً عليه وحده وعلى الأصيل حالاً، أو مؤجلاً عليهما؟ أجاب: يصير مؤجلاً عليهما كما صرحَ في "الحاوي القدسي")) اهـ.

أقول: هذا غير صحيح؛ لمخالفته ل عبارات المتون والشروح، على أنَّي [١٧٧٣/ب] راجعتُ "الحاوي القدسي" فرأيتُ خلاف ما عزاه إليه، ونصُّ عبارة "الحاوي"^(٥): ((وإنَّ آخرَ الطالبِ الدَّين عن الأصيل كان تأخيراً عن الكفيل، وإنَّ آخره عن الكفيل لم يكن تأخيراً عن الأصيل)) اهـ بالحرف. وكأنَّ "ابن نجيم" اشتبه عليه ذلك بما لو تكفَّل بالحالِّ مؤجلاً مع أنَّ صريح السُّؤال خلافه، فافهم.

(قوله: وأجاب "المقدسي": بأنَّ ما في "الحائِية" في معنى الإقالة لعقد الكفالة إلخ) الأظهر حمل ما في "الحائِية" على رواية في المذهب وهي ضعيفة، فإنه لا معنى لجعل (آخر جُتلك) إقالة.

(١) "الدُّرر والغرر": كتاب الكفالة ٣٠٣/٢ بتصرف.

(٢) أي: في المقالة السابقة.

(٣) "فتاوى ابن نجيم": كتاب الكفالة ص ١٢٩ - (هامش "الفتاوى الغياية").

(٤) "الحاوي القدسي": كتاب الكفالة - فصل: وإذا أبرأ الطالب المكفول عنه إلخ ق ١٣١/أ - ب.

فليُحفظُ. وفي "القنية"^(١): ((طالَبَ الدَّائِنُ الكَفِيلَ، فقال له: اصْبِرْ حَتَّى يَجِيءَ الْأَصِيلُ، فقال: لا تَعْلُقْ لي عليه، إِنَّمَا تَعْلُقِي عَلَيْكَ، هل يَبْرَأُ؟ أَجَابَ: نَعَمْ، وَقِيلَ: لا، وهو الْمُخْتَارُ)). (وَإِذَا حُلَّ الدَّيْنُ الْمُؤَجَّلُ (على الكَفِيلِ) مَوْتَهُ لا يَحِلُّ على الْأَصِيلِ)،

[٢٥٦٣٩] (قَوْلُهُ: فَلْيُحْفَظْ) بل الواجبُ حِفْظُ ما في كُتُبِ المذهب؛ لأنَّ هذا سَبَقُ نظيرٍ فلا يُحْفَظُ ولا يُلْحَظُ.

[٢٥٦٤٠] (قَوْلُهُ: وهو الْمُخْتَارُ) لأنَّ النَّاسَ لا يريدونَ نَفْيَ التَّعْلُقِ أَصْلًا^(٢)، وَإِنَّمَا يريدونَ نَفْيَ التَّعْلُقِ الْحَسِيِّ، وَإِنِّي لا أَعْلُقُ به تَعْلُقُ المِطَالِبَةِ. اهـ "ح"^(٣)، على أَنَّ إِبْرَاءَ الْأَصِيلِ يَتَوَقَّفُ على قَبُولِهِ ولم يُوجَدْ.

[٢٥٦٤١] (قَوْلُهُ: وَإِذَا حُلَّ الدَّيْنُ الْمُؤَجَّلُ إلخ) أَفَادَ أَنَّ الدَّيْنَ يَحِلُّ بِمَوْتِ الكَفِيلِ، كما صرَّحَ به في "الغرر"^(٤) و"شرح الوهبانية"^(٥) عن "المبسوط"^(٦)، وعَلَّه في "المنح"^(٧) عن "الولولجية"^(٨) ((بأنَّ الْأَجَلَ يَسْقُطُ بِمَوْتِ مَنْ لَهُ الْأَجَلُ)).

[٢٥٦٤٢] (قَوْلُهُ: لا يَحِلُّ على الْأَصِيلِ) وكذا إِذَا عَجَّلَ الكَفِيلُ الدَّيْنَ حَالَ حَيَاتِهِ لا يَرْجِعُ على المِطْلُوبِ إِلَّا عِنْدَ حُلُولِ الْأَجَلِ عِنْدَ عِلْمَانَا الثَّلَاثَةِ، وهو نظيرُ ما لو كَفَلَ بِالزَّيُوفِ وَأَدَّى الْجِيَادَ، "تاترخانية"^(٩).

(قَوْلُهُ: على أَنَّ إِبْرَاءَ الْأَصِيلِ يَتَوَقَّفُ على قَبُولِهِ إلخ) عَلِمْتَ أَنَّ شَرْطَ الْقَبُولِ ليس على ظاهِرِهِ، بل المرادُ أَنَّهُ يُشْتَرَطُ عَدَمُ الرَّدِّ فَيَدْخُلُ فِيهِ السُّكُوتُ.

(١) "القنية": كتاب الكفالة - باب أداء الأصيل إلى الكفيل ق ١٥٧/ب بتصرف، نقلاً عن بكر خواهر زاده.

(٢) أي: ((بالبراءة أو الدفع، وإلا لم يكن له طلب على الكفيل)). انظر "ط" ١٥٧/٣.

(٣) "ح": كتاب الكفالة ق ٣٠/أ.

(٤) "الدرر والغرر": كتاب الكفالة ٣٠٤/٢.

(٥) "تفصيل عقد الفرائد": فصل من كتاب الكفالة والحوالة ٢٨٢/١.

(٦) "المبسوط": كتاب الكفالة - باب بطلان المال عن الكفيل من غير أداء ولا إبراء ٩٨/٢٠.

(٧) "المنح": كتاب الكفالة ٤٨/٢/ب.

(٨) "الولولجية": كتاب الكفالة والحوالة - الفصل الثاني فيما يكون مؤجلاً في حق الكفيل وفيما لا يكون إلخ ٣٩٧/٤.

(٩) "التاترخانية": كتاب الكفالة - الفصل الخامس في الكفالة بالمال ٤/٢٠/أ.

فلو أدّاه وارثه لم يرجع لو الكفالة بأمره إلّا إلى أجله خلافاً لـ "زفر"، (كما لا يحلّ) المؤجّل (على الكفيل) اتفاقاً (إذا حلّ على الأصيل به) أي: بموته، ولو ماتا خير الطالب، "درر"^(١). (صالح أحدهما ربّ المال عن ألف) الدّين (على نصفه) مثلاً (برئاً، إلّا) أنّ المسألة مربّعة، فإذا شرط براءتهما أو براءة الأصيل أو سكّت برئاً، (وإذا شرط براءة الكفيل وحده)

[٢٥٦٤٣] (قوله: خير الطالب) أي: في أخذه من أي التّركين شاء؛ لأنّ دّينه ثابت على كلّ واحدٍ منهما كما في حال الحياة، "درر"^(٢).
[٢٥٦٤٤] (قوله: مثلاً) فالنّصف غير قيد.

[٢٥٦٤٥] (قوله: برئاً) أي: الأصيل والكفيل؛ لأنّه أضاف الصّلح إلى الألف الدّين، وهو على الأصيل، فيبرأ عن خمسائة، وبرأته توجب براءة الكفيل، "درر"^(٣).
[٢٥٦٤٦] (قوله: وإذا شرط براءة الكفيل وحده إلخ) ليس المراد أنّ الطالب يأخذ البدل في مقابلة إبراء الكفيل عنها، وإنّما المراد أنّ ما أخذه من الكفيل محسوب من أصل دّينه، ويرجع بالباقي على الأصيل، "بحر"^(٤). ونبه بذلك على الفرق بين هذه والمسألة التي عقيها كما يأتي^(٥)، ويوضّحه ما في "الفتح"^(٦) عن "المبسوط"^(٧): ((لو صالحه على مائة درهم على أنّ إبراء الكفيل خاصّة من الباقي رجّع الكفيل على الأصيل بمائة، ورجّع الطالب على الأصيل بتسعمائة؛ لأنّ إبراء الكفيل يكون فسخاً للكفالة، ولا يكون إسقاطاً لأصل الدّين)) اهـ.

(١) "الدور والغرر": كتاب الكفالة ٣٠٤/٢ بتصرف.

(٢) "الدور والغرر": كتاب الكفالة ٣٠٤/٢.

(٣) "الدور والغرر": كتاب الكفالة ٣٠٣/٢.

(٤) "البحر": كتاب الكفالة ٢٤٨/٦.

(٥) (المقولة [٢٥٦٥٤] قوله: ((صالح الكفيل الطالب إلخ))).

(٦) "الفتح": كتاب الكفالة ٣٠٩/٦ باختصار.

(٧) "المبسوط": كتاب الكفالة - باب صلح الكفالة ٥٨/٢٠.

كانت فَسْخاً للكفالة، لا إسقاطاً لأصل الدين (فيبراً هو) وحده عن خمسمائة (دون الأصيل) فتبقى عليه الألف، فيرجع عليه الطالب بخمسمائة، والكفيل بخمسمائة لو بأمره، ولو صالح على جنسٍ آخر رجَعَ بالألف

[٢٥٦٤٧] (قوله: كانت فَسْخاً للكفالة) هذه عبارة "المبسوط" كما عِلِّمت، أي: أنَّ البراءة عن باقي الدين التي تضمَّنْها عقدُ الصِّلحِ تتضمَّنُ فَسْخَ الكفالة؛ لِسُقُوطِ المطالبة عن الكفيل بهذا الشرط، ولا يسقطُ بها أصلُ الدين؛ إذ لو سقطَ لم يبقَ للطالب على المطلوب شيءٌ مع أنه يُطالبه بالنصفِ الباقي، بخلافِ الصُّورِ الثلاثِ، فإنَّ مطالبته سقطتَ عنهما جميعاً.

[٢٥٦٤٨] (قوله: فيبراً هو) أي: الكفيل وحده عن خمسمائة، وهي التي سقطتَ بعقدِ الصِّلحِ، وكذا عن التي دفعها بدلاً عن الصِّلحِ، وهو ظاهر؛ لأنَّ الصِّلحَ على بعضِ الدين أخذَ لبعضِ حقِّه وإبراء عن الباقي، فحيثُ أخذَ الطالبُ من الكفيل بعضَ حقِّه وأبرأه عن باقيهِ فقد سقطتِ المطالبةُ عنه أصلاً، وبراءة الكفيل لا توجبُ براءة الأصيل، فلذا قال: ((دون الأصيل)).

[٢٥٦٤٩] (قوله: والكفيل بخمسمائة) أي: ويرجعُ الكفيل على الأصيل بخمسمائة، وهي التي أذاها للطالب بدلُ الصِّلحِ في الصُّورِ الأربعِ.

[٢٥٦٥٠] (قوله: لو بأمره) أي: يرجعُ بها لو كفلَ عنه بأمره، وإلا فلا رجوعَ له.

[٢٥٦٥١] (قوله: على جنسٍ آخر) مفهومُ قوله: ((على نصفه)) اهـ "ح" ^(١).

[٢٥٦٥٢] (قوله: رجَعَ بالألف) لأنَّ الصِّلحَ بجنسٍ آخرٍ مُبادلةٌ فيمليكُ الدينَ فيرجعُ

بجميعِ الألفِ، "فتح" ^(٢).

(قوله: أي: أنَّ البراءة عن باقي الدين إلخ) أي: للكفيل.

(١) "ح": كتاب الكفالة ق ٣٠٥/١.

(٢) "الفتح": كتاب الكفالة ٣٠٨/٦.

كما مرَّ. (صَالِحَ الْكَفِيلِ الطَّالِبَ عَلَى شَيْءٍ لِيُبْرِئَهُ عَنِ الْكِفَالَةِ لَمْ يَصِحَّ) الصُّلْحُ، (وَلَا يَجِبُ الْمَالُ عَلَى الْكَفِيلِ) "خَانِيَّةٌ"^(١).

وكذا يرجعُ بجميع الألفِ لو صالَحَهُ على خمسمائةٍ على أنْ يَهَبَ له الباقي كما في "الفتح"^(٢) أيضاً، ومثله في الكافي.

[٢٥٦٥٣] (قوله: كما مرَّ) الأولُ أنْ يقولَ: لِمَا مرَّ^(٣)، أي: مِنْ أَنَّهُ يَمْلِكُ الدَّيْنَ بِالْأَدَاءِ.
[٢٥٦٥٤] (قوله: صَالِحَ الْكَفِيلِ الطَّالِبِ إلخ) في "الهداية"^(٤): ((ولو كان صالِحَهُ عَمَّا اسْتَوْجِبَ بِالْكَفَالَةِ لَا يَبْرَأُ الْأَصِيلُ؛ لِأَنَّ هَذَا إِبْرَاءُ الْكَفِيلِ عَنِ الْمَطَالِبَةِ)) اهـ.
ومقتضاهُ صحَّةُ الصُّلْحِ وَلُزُومُ الْمَالِ وَسُقُوطُ الْمَطَالِبَةِ عَنِ الْكَفِيلِ دُونَ الْأَصِيلِ، [١٧٨٣/٢] وهو خلافُ ما ذَكَرَهُ "المصنّف" تَبَعاً لـ "الخانيّة"، إِلَّا أَنَّهُ يُحْمَلُ عَلَى الْكِفَالَةِ بِالنَّفْسِ؛ لِمَا فِي "التَّارِخَانِيَّةِ"^(٥): ((الْكَفِيلُ بِالنَّفْسِ إِذَا صَالَحَ الطَّالِبَ عَلَى خَمْسِمِائَةِ دِينَارٍ عَلَى أَنَّهُ يَبْرَأُهُ

(قوله: الأولُ أنْ يقولَ: لِمَا مرَّ إلخ) لعلَّ الأولُ أنْ يقولَ: كما مرَّ، أي: مِنْ أَنَّهُ إِذَا أَدَّى بِغَيْرِ مَا ضَمِنَ إلخ، فَإِنَّهُ يُفِيدُ أَنَّهُ إِذَا أَدَّى مِنْ جَنْسٍ آخَرَ رَجَعَ بِمَا ضَمِنَ.

(قوله: ومقتضاهُ صحَّةُ الصُّلْحِ وَلُزُومُ الْمَالِ إلخ) لا يخفى أنَّ عبارة "الهداية" إِنَّمَا تُفِيدُ عَدَمَ بَرَاءَةِ الْأَصِيلِ بِإِبْرَاءِ الْكَفِيلِ الْحَاصِلِ مِنْ هَذَا الصُّلْحِ، وَلَا تَعْرُضُ فِيهَا لِصَحَّتِهِ وَلُزُومِ الْمَالِ، فَلَيْسَتْ مُحَالِفَةً لِمَا فِي "الخانيّة"، وَلَا شَكٌّ فِي عَدَمِ صَحَّتِهِ وَعَدَمِ لُزُومِ الْمَالِ فِي الْكَفَالَتَيْنِ كَمَا يُفِيدُهُ إِطْلَاقُ عِبَارَتِي "الخانيّة" و"الهنديّة"، وَمَا نَقَلَهُ عَنِ "التَّارِخَانِيَّةِ" لَا يُفِيدُ التَّفَرُّقَ بَيْنَ الْكَفَالَتَيْنِ، بَلْ غَايَةُ مَا أَفَادَهُ بَرَاءَةُ الْكَفِيلِ إِذَا كَانَ مَعَ كِفَالَةِ النَّفْسِ كِفَالَةً مَالٍ، وَعَدَمُ جَوَازِهِ وَعَدَمُ الْبَرَاءَةِ فِي كِفَالَةِ النَّفْسِ الْمَجْرَدَةِ، تَأْمَلْ.

(١) "الخانيّة": كتاب الكفالة والحوالة - مسائل في تسليم نفس المكفول به ٥٩/٣ بتصرف (هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) "الفتح": كتاب الكفالة ٣٠٨/٦.

(٣) ص ١٢٤-١٢٧ و"در".

(٤) "الهداية": كتاب الكفالة ٩٢/٣.

(٥) "التارخانية": كتاب الكفالة - الفصل العاشر في براءة الكفيل بإبراء أو بغير إبراء إلخ ٤/٢١٤ ب/ بتصرف.

وهو بإطلاقه يُعَمُّ الكفالةَ بالمالِ والنفسِ، "بحر"^(١). (قال الطالبُ للكفيل: برئتَ إليَّ من المالِ)

من الكفالةِ بالنفسِ لا يَحْجُوزُ ولا يَبْرُأُ عنها، فلو كان كفيلًا بالنفسِ والمالِ على إنسانٍ واحدٍ برئاً)) اهـ. وفي "الهدية"^(٢) عن "الذخيرة": ((صَالَحَ عني مالٌ لِإِسْقَاطِ الكفالةِ لا يَصِيحُ أَحَدُ المَالِ، وهل تَسْقُطُ الكفالةُ بالنفسِ؟ فيه روايتان، في روايةٍ تَسْقُطُ، وبه يفتي)) اهـ. وحينئذٍ فيَحْمَلُ ما في "الهداية" على الكفالةِ بالمالِ توفيقاً بينَ الكلامينِ، تأملْ.

ثم لا يخفى أنَّ الفرقَ بينَ هذه المسألةِ والتي قبلها في "المتن" - وهي الرابعة^(٣) - هو أنَّ هذه في الصُّلْحِ عن الكفالةِ، والتي قبلها في الصُّلْحِ عن المَالِ المكفُولِ به، فالمالُ هنا في مُقابِلَةِ الإبراءِ عن الكفالةِ، وهناك في مُقابِلَةِ الإبراءِ عن المَالِ الباقي كما مرَّ^(٤) في عبارة "المبسوط". ومن العَجَبِ ما في "النهاية"، حيثُ جَعَلَ عبارة "المبسوط" المارَّةَ تصويراً لِمَا ذَكَرَهُ هنا في "الهداية"، فَإِنَّهُ عَكَسَ الموضوعَ؛ لأنَّ كلامَ "المبسوط" مفروضٌ في الصُّلْحِ على إبراءِ الكفيلِ فقط عن المَالِ، وهو الصُّورَةُ الرَّابِعَةُ المذكورةُ في كلامِ "المصنّف"، وكلامُ "الهداية" في الصُّلْحِ على إبراءِ الكفيلِ عن المطالبةِ، ولم أرَ مَنْ نَبَّهَ على ذلك، مع أَنَّهُ نَقَلَهُ في "البحر"^(٥) وغيره، وأَقَرَّوه عليه، نَعَمْ، ربما يُشْعِرُ كلامُ "الفتح"^(٦) بأنَّه لم يَرْضَ به، فراجِعْهُ.

[٢٥٦٥٥] (قوله: وهو بإطلاقه يُعَمُّ الكفالةَ بالمالِ والنفسِ) قد عَلِمْتَ ما فيه.

[٢٥٦٥٦] (قوله: برئتَ إليَّ) متعلِّقٌ بمحذوفٍ حالٍ، أي: حالَ كونِكَ مؤدِّياً إليَّ كما

في "شرح مسكين"^(٧)، أي: فهو براءةٌ استيفاءٍ لا براءةٌ إسقاطٍ.

(١) "البحر": كتاب الكفالة ٢٤٨/٦.

(٢) "الفتاوى الهندية": كتاب الصلح - الباب الحادي والعشرون في المتفرقات ٢٨٥/٤ تنصرف.

(٣) أي: قوله: ((وإذا شرط براءة الكفيل وحده)).

(٤) للمقولة [٢٥٦٤٦] قوله: ((وإذا شرط براءة الكفيل وحده إلخ)).

(٥) "البحر": كتاب الكفالة ٢٤٨/٦.

(٦) أي: المار في المقولة [٢٥٦٥٢] قوله: ((رجع بالألف)).

(٧) "شرح منلا مسكين على الكنز": كتاب الكفالة ص ١٩٢..

الذي كَفَلْتَه به (رَجَعَ) الكفيلُ بالمالِ (على المطلوبِ إذا كانت) الكفالةُ (بأمرِهِ) لإقرارِهِ بالقَبْضِ، ومُفادُهُ: براءةُ المطلوبِ للطالبِ؛ لإقرارِهِ كالكفيلِ (وفي) قوله: للكفيلِ (بَرِئْتَ) بلا: ((إِلَيَّ)) (أو: أَبْرَأْتُكَ لا) رُجوعٌ، كقوله: أَنْتَ فِي حِلٍّ؛ لَأَنَّهُ إِبرَاءٌ لا إقرارٌ بالقَبْضِ (خِلافًا لـ "أبي يوسف" في الأوَّلِ) أي: بَرِئْتَ، فَإِنَّهُ جَعَلَهُ كالأوَّلِ، أي: إِلَيَّ، قيل: وهو قولُ "الإمام"، واختارَهُ في "الهداية"^(١)، وهو أَقْرَبُ الاحتمالينِ فكانَ أوَّلَى،

[٢٥٦٥٧] (قوله: لإقرارِهِ بالقَبْضِ) لأنَّ مُفادَ هذا التَّركيبِ براءةُ من المالِ مَبْدُؤُها مِنَ الكفيلِ ومُنْتَهَاهَا صاحِبُ الدَّيْنِ، وهذا هو معنى الإقرارِ بالقَبْضِ مِنَ الكفيلِ، فكانَ قال: دَفَعْتَ إِلَيَّ. [٢٥٦٥٨] (قوله: ومُفادُهُ) أي: مُفادُ التَّعليلِ المذكورِ، وهذا الكلامُ لصاحبِ "البحر"^(٢). [٢٥٦٥٩] (قوله: براءةُ المطلوبِ) أي: المدينِ. ((لِلطَّالِبِ)) أي: الدَّائِنِ، يعني أَنَّهُ يُعْبَدُ أَنَّ المطلوبَ يبرأُ مِنَ المطالبةِ التي كانتَ لِلطَّالِبِ عليه، وكذا يبرأُ مِنْهَا الكفيلُ فلا مُطالبةَ لَهُ على واحدٍ مِنْهُمَا؛ لإقرارِهِ بالقَبْضِ؛ إذ لا يَسْتَحِقُّ القَبْضَ أَكْثَرَ مِنْ مَرَّةٍ واحدةٍ. [٢٥٦٦٠] (قوله: لا رُجوعٌ) أي: للكفيلِ على المطلوبِ. نَعَمْ لِلطَّالِبِ أَنْ يَأْخُذَ المطلوبَ بِالْمَالِ كما في "الكافي" لـ "الحاكم".

[٢٥٦٦١] (قوله: لَأَنَّهُ إِبرَاءٌ) تعليلٌ لَعَدَمِ الرُّجوعِ فِي الصُّورِ الثَّلَاثِ؛ إذ ليسَ فيها ما يُفِيدُ القَبْضَ ليكونَ إقراراً به، بل هو مُحْتَمِلٌ لِلإِبراءِ بسببِ القَبْضِ ولِلإِسقاطِ، فلا يَنْبُتُ القَبْضُ بِالشَّكِّ.

[٢٥٦٦٢] (قوله: أي: إِلَيَّ) المرادُ: بَرِئْتَ إِلَيَّ.

[٢٥٦٦٣] (قوله: وهو أَقْرَبُ الاحتمالينِ) أي: احتمالُ أَنَّهُ براءةُ قَبْضٍ، واحتمالُ أَنَّهُ براءةُ إسقاطٍ، ووجهُ الأقربِيَّةِ ما في "الفتح"^(٣) مِنْ قَوْلِهِ: ((لَأَنَّهُ إقرارٌ براءةً ابتداءً مِنْ الكفيلِ

(١) "الهداية": كتاب الكفالة ٩٢/٣.

(٢) "البحر": كتاب الكفالة ٢٤٨/٦.

(٣) "الفتح": كتاب الكفالة ٣١٠/٦.

"نهر" ^(١) معزياً لـ "العناية" ^(٢). وأجمعوا على ^(٣) أنه لو كتبه في الصك كان إقراراً بالقبض عملاً بالعرف. (وهذا) كله (مع غيبة الطالب،.....)

المخاطب. وحاصله: إثبات البراءة منه على الخصوص، مثل: قمت وقعدت، والبراءة الكائنة منه خاصة كالإيفاء ❖، بخلاف البراءة بالإبراء فإنها لا تتحقق بفعل الكفيل بل بفعل الطالب، فلا تكون حينئذ مضافة إلى الكفيل، وما قاله "محمد" - أي: من أنه لا يثبت القبض بالثبوت - إنما يتم إذا كان الاحتمالان متساويين)) اهـ. وهذا أيضاً ترجيح منه لقول "أبي يوسف".

[٢٥٦٦٤] (قوله: لو كتبه في الصك) بأن كتب برئ الكفيل من الدراهم التي كفَل بها، "بحر" ^(٤).

[٢٥٦٦٥] (قوله: عملاً بالعرف) فإن العرف بين الناس أن الصك يكتب على الطالب بالبراءة إذا حصلت بالإيفاء، وإن حصلت بالإبراء لا يكتب الصك عليه فجعلت إقراراً بالقبض عرفاً، ولا عرف عند الإبراء، "فتح" ^(٥).

[٢٥٦٦٦] (قوله: وهذا كله إلخ) عزاه في "فتح القدير" ^(٦) إلى "شروح الجامع الصغير" ^(٦)،

(قوله: وهذا أيضاً ترجيح منه لقول "أبي يوسف") لكن في "السندي" عن "النهر": ((واختار المصنف قول "محمد"؛ لأن الفتوى عليه)) اهـ.

(١) "النهر": كتاب الكفالة ٤١٩/٤.

(٢) "العناية": كتاب الكفالة ٣١٠/٦ هامش "فتح القدير".

(٣) ((على)) ليست في "د" و "و".

❖ قوله: ((كالإيفاء)) كذا رأيته في نسختين من نسخ "الفتح"، ولعل الأولى: بالإيفاء اهـ منه.

(٤) "البحر": كتاب الكفالة ٢٤٩/٦.

(٥) "الفتح": كتاب الكفالة ٣١٠/٦.

(٦) انظر "شرح قاضي خان على الجامع الصغير": كتاب الكفالة - باب الكفالة بالمال ٨٢/٢ ق/٨٢.

ومع حَضْرَتِهِ يُرْجَعُ إِلَيْهِ فِي الْبَيَانِ لِمَرَادِهِ اتِّفَاقًا؛ لِأَنَّهُ الْمُحْمَلُ،

وجزَمَ به في "الملتقى" ^(١) و"الدرر" ^(٢)، وأقرهُ "الشُرْنِبَلِي" ^(٣)، وكذا "الزَيْلَعِيُّ" ^(٤) و"ابن كمال"، فتعبيرُ "البحر" ^(٥) عنه بـ: ((قيل)) غيرُ ظاهرٍ، فافهم. والإشارةُ إلى جميع الألفاظِ المارَّةِ، قال في "البحر" ^(٦) عن "النهاية": ((حتَّى في: برَّئت إليَّ؛ لاحتمالٍ: أنِّي ^(٧) أبرأتكَ مجازًا، وإن كان بعيدًا في الاستعمال)) اهـ. قال في "النهر" ^(٨): ((والظاهرُ أنَّ في لفظِ الجِلِّ لا يرجعُ إليه؛ لظهورِ أنَّه [ب/١٧٨ق/٣] مسأحةٌ، لا أَنَّهُ أَخَذَ مِنْهُ شَيْئًا)) اهـ.

قلتُ: وفيه نظرٌ يَظهرُ بِأَدْنَى نظرٍ.

[٢٥٦٦٧] (قوله: لِمَرَادِهِ) متعلِّقٌ بـ ((الْبَيَانِ))، أي: يُسألُ: هل أردتَ الْقَبْضَ أَوْ لَا؟

[٢٥٦٦٨] (قوله: لِأَنَّهُ الْمُحْمَلُ) بكسرِ ثالِثِهِ، اسمُ فاعِلٍ، أي: فإنَّ الأصلَ في الإجمالِ أَن يُرْجَعَ فِيهِ إِلَى الْمُحْمَلِ. والمرادُ بِالْمُحْمَلِ هنا ما يحتاجُ إلى تأمُّلٍ ويَحْتَمِلُ المجازَ - وإن كان بعيدًا - لا حقيقةَ الْمُحْمَلِ، يعني: يُرْجَعُ إِلَيْهِ إِذَا كَانَ حَاضِرًا لِإِزَالَةِ الاحتمالاتِ، خصوصًا إن كان العُرفُ في ذلك اللَّفْظِ مُشْتَرَكًا، مِنْهُمْ مَنْ يَقْصِدُ الْقَبْضَ، وَمِنْهُمْ مَنْ يَقْصِدُ الْإِبْرَاءَ، "فتح" ^(٩).

(قوله: لا حقيقةَ الْمُحْمَلِ الْمُحْمَلُ: ما تَوَارَدَتْ فِيهِ الْمَعَانِي عَلَى اللَّفْظِ بلا ترجيحٍ لأحدها. اهـ "منار".

(١) "ملتقى الأبحر": كتاب الكفالة ٦٠/٢.

(٢) "الدرر والغرر": كتاب الكفالة ٣٠٣/٢.

(٣) "الشُرْنِبَلِي": كتاب الكفالة ٣٠٣/٢ هامش "الدرر والغرر".

(٤) "تبين الحقائق": كتاب الكفالة ١٥٨/٤.

(٥) "البحر": كتاب الكفالة ٢٤٨/٦.

(٦) "البحر": كتاب الكفالة ٢٤٩/٦.

(٧) في "ك" و"ت" و"ب" و"م": ((لأنِّي))، ومثله عبارة "البحر"، وما أثبتناه من "الأصل".

(٨) "النهر": كتاب الكفالة ق ٤١٩/أ.

(٩) "الفتح": كتاب الكفالة ٣١٠/٦ باختصار.

ومثل الكفالة الحوالة. (وبطلَ تعليقُ البراءة من الكفالة^(١).....)

[٢٥٦٦٩] قوله: ومثل الكفالة الحوالة في "كافي الحاكم": ((والمُحتال عليه في جميع ذلك كالكفيل)) اهـ. قال "ط"^(٢): ((فإن قال المحتال للمُحتال عليه: برئت إلي رجعت المُحتال عليه على المُحيل، وإن قال: أبرأتك لا، واختلَفَ فيما إذا قال: برئت فقط)) اهـ. وإنما يرجع إذا لم يكن للمُحيل دينٌ على المُحتال عليه.

مطلب في بطلان تعليق البراءة من الكفالة بالشروط

[٢٥٦٧٠] قوله: وبطلَ تعليقُ البراءة من الكفالة بالشروط أي: لما فيه من معنى التمثيل، ويُروى أنه يصح؛ لأنَّ عليه المطالبة دون الدين في الصحيح فكان إسقاطاً محضاً كالطلاق، "هداية"^(٣). وظاهره ترجيحُ عدمِ بطلانه بناءً على الصحيح، "بجر"^(٤).

قوله: لما فيه من معنى التمثيل قال "الزيلعي" عند قول "الكنز": ((وبطلَ تعليقُ إلخ)): ((لأنَّ في الإبراء معنى التمثيل كالإبراء عن الدين، وهذا على قول من يقول بنبوت الدين على الكفيل ظاهراً، وكذا على قول من يقول بنبوت المطالبة لا غير؛ لأنَّ فيها تمثيلك المطالبة وهي كالدين؛ لأنها وسيلة إليه، والتمثيل لا يقبل التعليق بالشروط، وقيل: يصح؛ لأنَّ الثابت على الكفيل المطالبة دون الدين في الصحيح، فكان إسقاطاً محضاً كالطلاق والعناق، ولهذا لا يرتد إبراء الكفيل بالرد؛ لأنَّ الإسقاطَ يتمُّ بالمسقط، بخلاف التأخير عن الكفيل حيث يرتد بالرد؛ لأنه ليس بإسقاط، بل هو خالصُ حقِّ المطلوب فيرتدُّ به، بخلاف الإبراء عن الدين؛ لأنَّ فيه معنى التمثيل)) اهـ.

قوله: وظاهره ترجيحُ عدمِ بطلانه إلخ أي: حيثُ أُخِّرَ دليلُ هذه الرواية كما هو عادة "الهداية" من تأخير دليلِ الرَّاجح.

(١) ((من الكفالة)) ليس في "د".

(٢) "ط": كتاب الكفالة ١٥٨/٣.

(٣) "الهداية": كتاب الكفالة ٩٢/٣.

(٤) "البحر": كتاب الكفالة ٢٤٩/٦.

بالشَّرْطِ) الغير الملائم

قلت: ولذا قال في متن "الملتنقى"^(١): ((والمختارُ الصَّحَّةُ)). واعلم أنَّ إضافته (تعليقاً) إلى ((البراءة)) من إضافة الصَّفة إلى موصوفها، والمعنى: وبطلَّت البراءة المَعْقَّة بالشَّرْطِ، وإذا بطلَّت البراءة من الكفالة تبقى الكفالة على أصلها، فللطَّالِبِ مُطالِبَةُ الكفيلِ بدليل التعليل، فليس المرادُ بطلانَ تعليقِ البراءة؛ لأنَّه يلزَمُ منه بقاءُ البراءة صحيحةً مُنَحَّرَةً، وتبطلُ الكفالة بها، ولا يُناسِبُهُ العِلَّةُ المذكورة؛ لأنَّ نفسَ التعليلِ ليس فيه معنى التَّمليكَ، بل الذي فيه معنى التَّمليكَ هو البراءةُ المَعْلَقَةُ فتبطلُ. ثمَّ رأيتُ بخطَّ بعضِ العلماءِ على نُسخةٍ قديمةٍ من "شرح المجمع" ما نصُّه: ((معناه أنَّ الكفالةَ جائزةٌ والشَّرْطُ باطلٌ)) اهـ. وهذا عَيْنُ ما قلته.

(٢٥٦٧١) (قوله: بالشَّرْطِ الغير الملائم) نحو: إذا جاء غداً فأنت بريء من المال، ومثالُ الملائم ما لو كفلَ بالمالِ أو بالنفسِ وقال: إنَّ وافيتَ به غداً فأنت بريء من المالِ، فوافاهُ من الغدِ فهو بريء من المالِ، كذا في "العناية"^(٢). اهـ "ح"^(٣). وفي "البحر"^(٤) عن "المعراج": ((الغيرُ الملائم هو: ما لا مُنْفَعَةَ فيه للطَّالِبِ أصلاً كدُخُولِ الدَّارِ ومجيءِ الغدِ؛ لأنَّه غيرُ مُتعارَفٍ)) اهـ.

قلت: وسُئِلْتُ عَنْ قال: كَفَلْتُهُ عَلَى أَنَّكَ إِن طالَبْتَنِي بِهِ قَبْلَ حَوْلِ الْأَجْلِ فَلَا كَفالَةَ لِي، وَيظْهَرُ لِي أَنَّهُ مِنْ غَيْرِ الْملائِمِ، فَلْيَتَأَمَّلْ.

(قوله: واعلم أنَّ إضافته (تعليقاً) إلى ((البراءة)) من إضافة الصَّفة إلخ) ما ذَكَرَهُ هنا غيرُ متعيَّن، بل هو خلافُ المتبادرِ من نسبةِ البُطلانِ إلى التعليلِ، والتعليلُ المذكورُ يُناسِبُهُ كما هو ظاهرٌ لِمَنْ تَأَمَّلَ، ولا يلزَمُ من القولِ بِبُطلانِهِ صحَّةُ البراءةِ وأنها تكونُ مُنَحَّرَةً كما هو ظاهرٌ أيضاً.

(١) "ملتنقى الأبحر": كتاب الكفالة ٦٠/٢.

(٢) "العناية": كتاب الكفالة ٣١١/٦ (هامش "فتح القدير").

(٣) "ح": كتاب الكفالة ق ٣٠٥/أ.

(٤) "البحر": كتاب الكفالة ٢٤٩/٦ تصريف.

على ما اختارُهُ في "الفتح" و"المعراج"،

[٢٥٦٧٢] (قوله: على ما اختارُهُ في "الفتح" و"المعراج") أقول: الذي في "الفتح" ^(١) هكذا: ((قوله: ولا يجوزُ تعليقُ الإبراءِ من الكفالةِ بالشَّرطِ، أي: بالشَّرطِ المتعارَفِ، مثلُ أنْ يقولَ: إنَّ عَجَلَتَ لي البعضُ أو دَفَعَتِ البعضَ فقد أبرأتكَ من الكفالةِ، أمَّا غيرُ المتعارَفِ فلا يجوزُ))، ثمَّ قال ^(٢): ((ويُروى أنَّه يجوزُ، وهو أوجهُ إلخ)). فهذا شرحٌ لعبارةِ "الهداية" التي قدَّمناها ^(٣) آنفًا، وقدَّمنا ^(٤) أنَّ ظاهرَ ما في "الهداية" ترجيحُ الرِّوايةِ الثَّانيةِ، وأنَّه اختارَها في متنِ "الملتقى"، وكذلك اختارَها في "الفتح" كما تَرى، والمتبادِرُ من كلامِ "الفتح" أنَّ المرادَ بهذه الرِّوايةِ جوازُ الشَّرطِ المتعارَفِ؛ لأنَّه قيَّدَ روايةَ عَدَمِ الجوازِ بالشَّرطِ المتعارَفِ، وذكرَ أنَّ غيرَ المتعارَفِ لا يجوزُ، وهو تصريحٌ بما فُهِمَ بالأوَّلِ، ثمَّ ذَكَرَ مقابلَ الرِّوايةِ الأوَّلِ وهي روايةُ الجوازِ، فعَلِمَ أنَّ المرادَ بها الشَّرطُ المتعارَفُ أيضًا، وأنَّ غيرَ المتعارَفِ لا يجوزُ أصلاً، ويَحْتَمِلُ أنْ يكونَ قوله: ((ويُروى أنَّه يجوزُ)) أي: إذا كان الشَّرطُ غيرَ مُتعارَفٍ، ويلزِمُ منه جوازُ المتعارَفِ بالأوَّلِ، فعلى الاحتمالِ الأوَّلِ يكونُ قد اختارَ في "الفتح" جوازَ التَّعليقِ بالشَّرطِ المتعارَفِ، وعلى الثَّاني اختارَ جوازَهُ مُطلقاً، وهذا الاحتمالُ أظهرُ؛ لأنَّه حيثُ قيَّدَ روايةَ [١/١٧٩ق/٣] عَدَمِ الجوازِ بالمتعارَفِ عَيمَ أنَّ غيرَ المتعارَفِ لا يجوزُ بالأوَّلِ، ثمَّ اختارَ مقابلَ هذه الرِّوايةِ، وهو روايةُ الجوازِ، أي: مُطلقاً، فكان على "الشَّارح" أنْ يقولَ: ((وبطلَ تعليقُ البراءةِ من الكفالةِ بالشَّرطِ ولو ملائماً، وروى جوازَهُ مُطلقاً، واختارَهُ في "الفتح")). نَعَمْ ذَكَرَ في "الدَّرر" ^(٥) عن "العناية" ^(٦) قولاً ثالثاً، وهو عَدَمُ جوازِ التَّعليقِ بالشَّرطِ لو غيرَ مُتعارَفٍ والجوازُ لو مُتعارَفاً. وذكرَ في "المعراج" هذا القولَ وجعلَهُ محمَلِ الرِّوايتينِ، وأقرَّهُ في "البحر" ^(٧)، وقال: ((إنَّ قولَ "الكنز": وبطلَ التَّعليقُ محمولٌ

(١) "الفتح": كتاب الكفالة ٣١١/٦.

(٢) المقولة [٢٥٦٧٠] قوله: ((وبطلَ تعليقُ البراءةِ من الكفالةِ بالشَّرطِ)).

(٣) "الدَّرر والغرر": كتاب الكفالة ٣٠٤/٢.

(٤) "العناية": كتاب الكفالة ٣١١/٦ هامش "فتح القدير".

(٥) "البحر": كتاب الكفالة ٢٤٩/٦.

وأقره "المصنف" هنا وفي^(١) المتفرقات، لكن في "النهر"^(٢): ((ظاهر "الزيلي" وغيره ترجيح الإطلاق)).

على غير المتعارفين، وتبعه "الشراح". لكن لا يخفى أن كلام "الفتح" مخالف لهذا التوفيق؛ لأنه حمل بطلان التعليق على الشرط المتعارف كما علمت، فكيف ينسب إليه ما ذكره "الشراح"؟! فافهم.

[٢٥٦٧٣] قوله: وأقره "المصنف" أي: في "شرحه"^(٤) في هذا المحل، أي: أقر ما في "المعراج" من التفصيل والتوفيق.

[٢٥٦٧٤] قوله: والمتفرقات أي: متفرقات البيوع في بحث ما يطلّ تعليقه^(٥).

[٢٥٦٧٥] قوله: ترجيح الإطلاق أي: رواية بطلان التعليق المتبادر منها الإطلاق عما فصله في "المعراج"، وفي كون "الزيلي" رجح ذلك نظراً، بل كلامه قريب من كلام "الهداية" المار^(٦)، فراجع.

قوله: فكيف ينسب إليه ما ذكره "الشراح"؟! قد علمت أن "الفتح" إنما اختار الرواية الثانية، وكأن "الشراح" فهم من عبارة "الفتح" الاحتمال الأول في الرواية الثانية فصح نسبة ما ذكره "الشراح" إليه، تأمل. قوله: بل كلامه قريب من كلام "الهداية" المار، فراجع. قد سمعت عبارة "الزيلي" فتأملها تحذوها كما قال في "النهر".

(١) ((بي)) ليست في "ب" و"ط".

(٢) "النهر": كتاب الكفالة ١٩٤/١.

(٣) "تبيين الحقائق": كتاب الكفالة ١٥٨/٤.

(٤) "المنح": كتاب الكفالة ٢/٤٩٩/١.

(٥) "المنح": كتاب البيوع - باب المتفرقات ٢/٤٠٣/ب.

(٦) المقولة [٢٥٦٧٠] قوله: ((وبطلّ تعليق البراءة من الكفالة بالشرط)).

قَيَّدَ بكفالةِ المالِ لأنَّ في كفالةِ النَّفسِ تفصيلاً مبسوطاً^(١) في "الحائية". (لا يستردُّ أصيلٌ ما أدَّى إلى الكفيل)

[٢٥٦٧٦] (قوله: قَيَّدَ بكفالةِ المالِ^(٢)) أي: باعتبارِ أنَّ الكلامَ فيها، وإلا فلم يذكرِ القيدَ في "المتن" كـ "الكنز"^(٣). اهـ "ح"^(٤).

[٢٥٦٧٧] (قوله: مبسوطاً في "الحائية"^(٥)) حاصله: ((أنَّ تعليقَ البراءةِ من الكفالةِ بالنَّفسِ على وُجودِ: في وجهِ تَصِحُّحِ البراءةِ ويطلُّ الشرطُ كما إذا أبرأَ الطَّالِبُ الكفيلَ على أنَّ يعطيه الكفيلُ عشرةَ دراهمٍ، وفي وجهِ يَصَحُّحِ كما إذا كان كفيلاً بالمالِ أيضاً وشرطَ الطَّالِبُ عليه أن يدفعَ المالَ ويرثه من الكفالةِ بالنَّفسِ، وفي وجهِ يطلُّانِ كما إذا شرطَ الطَّالِبُ على الكفيلِ بالنَّفسِ أن يدفعَ إليه المالَ ويرجِعَ به على المطلوبِ)) اهـ.

[٢٥٦٧٨] (قوله: لا يستردُّ أصيلٌ (السخ) أي: إذا دفعَ الأصيلُ - وهو المديونُ - إلى الكفيلِ المالَ المكفولَ به ليس لأصيلٍ أن يستردَّه من الكفيلِ وإن لم يُعطِهِ الكفيلُ إلى الطَّالِبِ،

(قوله: مبسوطاً في "الحائية"، حاصله إلخ) فيه: أنَّ ما ذكره في "الحائية" إنما هو في تقييدِ البراءةِ عن كفالةِ النَّفسِ بشرطٍ، لا في تعليقها به الذي الكلامُ فيه. والظاهرُ من عنِّ بطلانِ التَّعليقِ في كفالةِ المالِ أنَّ كفالةِ النَّفسِ كذلك لا يَصِحُّ تعليقُ الإبراءِ عنها، ومسألةُ التَّقييدِ بشرطٍ شيءٌ آخرُ ليس الكلامُ فيه، على أنَّ كلامَ "المصنف" ليس فيه تقييدٌ بكفالةِ المالِ وإن قال "السُّنْدِيُّ": إنه باعتبارُ أنَّ الكلامَ فيها تبعاً لـ "الحلي"، و"الشارحُ" تبعٌ فيما فعله "البحر".

(١) في "و": ((مذكوراً)) بدل ((مبسوطاً)).

(٢) في النسخ جميعها: ((قَيَّدَ بكفالةِ النَّفسِ))، وما أثبتناه هو المراد الموافق لنسخ "الدر"، وأشار إليه مصححنا "ب" و"م".

(٣) انظر "شرح المعني على الكنز": كتاب الكفالة ٧٢/٢.

(٤) "ح": كتاب الكفالة ق ٣٠٥/أ - ب.

(٥) "الحائية": كتاب الكفالة والحوالة - مسائل في تسليم نفس المكفول به ٥٩/٣ - ٦٠ (هامش "الفتاوى الهندية").

قال في "النهر"^(١): ((لأنه - أي: الكفيل - ملكه بالاقتضاء، وبه ظهر أن الكفالة تُوجِبُ ديناً للطالب على الأصيل^(٢)) وديناً للكفيل على الأصيل، لكنَّ دينَ الطالب حالٌّ ودينَ الكفيل مؤجلٌ إلى وقت الأداء، ولذا لو أخذَ الكفيلُ من الأصيلِ رهناً، أو أبرأه، أو وهبَ منه الدينَ صحَّ فلا يرجعُ بأدائه، كذا في "النهاية". ولا ينافيه ما مرَّ من أنَّ الرَّاجِحَ أنَّ الكفالةَ ضَمَّ ذِمَّةً إلى ذِمَّةٍ في المطالبة؛ لأنَّ الضَّمَّ إنما هو بالنسبة إلى الطالب، وهذا لا ينافي أن يكونَ للكفيلِ دينٌ على المكفولِ عنه كما لا يخفى، وعلى هذا فالكفالةُ بالأمرِ تُوجِبُ ثبوتَ دينين وثلاثِ مطالباتٍ تُعرَفُ بالتدبيرِ)) اهـ ما في "النهر".

أي: دينٌ ومطالبةٌ حالِّين للطالب على الأصيل، ودينٌ ومطالبةٌ مؤخَّرين للكفيل على الأصيل أيضاً، ومطالبةٌ فقط للطالب على الكفيل بناءً على الرَّاجِحِ مِنْ أَنَّهَا الضَّمُّ في المطالبة.

(تنبيه)

نقلَ محمَّد بن مسكين^(٣) عن "الحَمَوِي" عن "المفتاح"^(٤): ((أَنَّ عَدَمَ الاستردادِ مقيّدٌ بما إذا لم يُؤخَّرْ الطالبُ عن الأصيلِ أو الكفيل، فإنَّ أخْرَهُ له أن يستردّه)) اهـ.

قلتُ: لكنَّ قولهُ: ((أو الكفيل)) لم يظهر لي وجههُ، تأمّل.

٢٧٧/٤

(قوله: أنَّ الكفالةَ تُوجِبُ ديناً للطالب إلخ) أي: يتحقَّقُ معها ما ذُكِرَ، لا أنَّها هي الموجبةُ لذلك، والشَّاهدُ في قوله: ((وديناً للكفيل على الأصيل)) فإنَّه هو الذي يظهرُ مِنْ قَوْبه: ((لأنَّه مَكَّةٌ بالاقتضاء)).

(قوله: تُوجِبُ ديناً للطالب على الكفيل) حقُّه: ((على الأصيل)) كما بُيِّنْهُ أخيراً عبارته، والطالب لا يَجِبُ له على الكفيل إلَّا المطالبة.

(١) "النهر": كتاب الكفالة ق ٤٢١/أ باختصار.

(٢) في النسخ جميعها: ((الكفيل))، ومثله عبارة "النهر" وما أثبتناه هو المراد، وقد نبّه عليه الرافعي رحمه الله.

(٣) "فتح المعين": كتاب الكفالة ١٤/٣.

(٤) لعله "مفتاح السعادة" للشَّرواني (توفي قبل ٩٩٢هـ)، وتقدّمت ترجمته ٦٨٩/١.

بأمره ليدفعه للطالب^(١).....

[٢٥٦٧٩] (قوله: بأمره) متعلق بـ: ((الكفيل)) احتراماً عن الكفيل بلا أمرٍ كما يأتي^(٢)، قال في "النهر"^(٣): ((قيد به في "الهداية"^(٤))، ولا بد منه)).

[٢٥٦٨٠] (قوله: ليدفعه للطالب) متعلق بـ: ((أدى)). واعلم أنَّ ما مرَّ^(٥) من أنَّ الكفيل ملك المؤدى فذلك فيما إذا دفعه إليه الأصيل على وجه القضاء بأن قال له: إني لا آمن أن يأخذ منك الطالب حقَّه فأنا أقضيك المال قبل أن تؤدَّيه، بخلاف ما إذا كان الدفع على وجه الرسالة بأن قال المطلوب للكفيل: خذ [١٧٩ق/٣] هذا المال وادفعه إلى الطالب، حيث لا يصير المؤدى ملكاً للكفيل، بل هو أمانة في يده، لكن لا يكون للمطلوب أن يسترده من الكفيل؛ لأنه تعلق به حقُّ الطالب، كذا في "الكافي". لكن ذكر في "الكبرى": ((أنَّ له الاسترداد، وأنه أشار إليه في "الأصل"^(٦)))، كذا في "الكفاية شرح الهداية"^(٧). وما نقله عن "الكافي" نقل "ط"^(٨) مثله عن "العناية"^(٩) و"المعراج"، وعليه مشى في "البحر"^(١٠) و"النهر"^(١١)، والمراد "بالكافي" "كافي النسفي"، أما "كافي الحاكم الشهيد" الذي جمَعَ كتبَ ظاهر الرواية،

(١) في "و": ((إلى الطالب)).

(٢) المقولة [٢٥٦٨٣] قوله: ((لأنَّه حينئذ)).

(٣) "النهر": كتاب الكفالة ق ٤٢١/أ.

(٤) "الهداية": كتاب الكفالة ٩١/٣.

(٥) المقولة [٢٥٦٧٨] قوله: ((لا يستردُّ أصيل إلخ)).

(٦) كتاب الكفالة ليس في القسم المطبوع من "الأصل".

(٧) "الكفاية": كتاب الكفالة ٣٢١/٦ (ذيل "فتح القدير").

(٨) "ط": كتاب الكفالة ١٥٨/٣.

(٩) "العناية": كتاب الكفالة ٣١٩/٦ (هامش "فتح القدير").

(١٠) "البحر": كتاب الكفالة - فصل: ولو أعطى المطلوب الكفيل إلخ ٢٥٥/٦.

(١١) "النهر": كتاب الكفالة ق ٤٢١/أ.

فإنه أشار فيه أيضاً إلى أنَّ له الاسترداد لو دفعه على وجه الرسالة، فإنه ذكر أنه لو قبضه على وجه القضاء فله التصرف فيه وله ربحه؛ لأنه له، ولو هلك منه ضمته، ولو قبضه على وجه الرسالة فهلك كان مؤتمناً ويرجع به على^(١) الأصلي، ولو لم يهلك فعمل به ورجح تصدق بالربح؛ لأنه غاصب، وكذا في "الهداية"^(٢) إشارة إليه، حيث ذكر أولاً أنه إذا قضاه لا يسترد، ثم قال^(٣): ((بخلاف ما إذا كان الدفع على وجه الرسالة؛ لأنه محض أمانة في يده))، فدل كلامه على أنَّ عدم الاسترداد في الأداء على وجه القضاء لا الرسالة، حيث جعله في الرسالة محض أمانة، والأمانة مستردة. ونقل "ط"^(٤) عن "غاية البيان": ((أنَّ له الاسترداد))، قال^(٥): ((ومثله في "صدر الشريعة"^(٦)، وقال في "اليعقوبية": إنه الظاهر؛ لأنه أمانة محضة، وبد الرسول يد المرسل، فكانه لم يقبضه، فلا يعتبر حق الطالب، وهو المتبادر من "الهداية")) اهـ.

قلت: وهو المتبادر أيضاً مما في المتن من أنَّ الربح يطيب له، فإنه دليل على أنَّ المراد الأداء على وجه القضاء، وقول "الشارح" تبعاً لـ "الدرر"^(٧): ((لبدعته للطالب)) ظاهره الدفع على وجه الرسالة، وهو موافق لما في "كافي النسفي" وغيره، ويفهم منه أنه في الدفع على وجه القضاء له

(قوله: فإنه أشار فيه أيضاً إلى أنَّ له الاسترداد إلخ) ليس في عبارة "الكافي" هذه ما يدل على أنَّ له الاسترداد، وهلاكه على الأصلي وعدم طيب الربح للكفيل لا يدل على ذلك، ويقال: هو وإن كان أمانة تعلق به حق الغير.
(قوله: على وجه القضاء له إلخ) لعله: ليس له إلخ.

(١) ((على)) ساقطة من "الأصل".

(٢) "الهداية": كتاب الكفالة ٩٣/٣.

(٣) "ط": كتاب الكفالة ١٥٨/٣ بتصرف، نقلاً عن سري الدين.

(٤) "شرح الوقاية": كتاب الكفالة ٥٥/٢ (هامش "كشف الحقائق").

(٥) "الدرر والغرر": كتاب الكفالة ٣٠٤/٢.

(وإن لم يُعْطِهِ طَالِبُهُ)، ولا يَعْمَلُ نَهْيُهُ عن الأداء لو كَفَيْلًا بِأَمْرِهِ، وإلاَّ عَمِلَ؛ لأنَّه حينئذٍ يَمْلِكُ الاسترداد، "بحر"، وأقرَّه "المصنّف" ^(١)،

ذلك بالأوّل ^(٢)، ويمكنُ حملُهُ على ما في "كافي الحاكم" وغيرِهِ بأنَّ يكونَ المرادُ أنَّه لم يصرَّحْ له بأنَّه يدفعُ للطَّالِبِ، بل أضمرَ ذلك في نفسه وقتَ الأداء، ففي "الشَّرْئِيعَةِ" ^(٣) عن "القنية" ^(٤): ((لو أَطْلَقَ عِنْدَ الدَّفْعِ فلم يَبَيِّنْ أَنَّهُ على وجهِ القضاءِ أو الرِّسَالَةِ يَقَعُ عن القضاءِ))، فافهم.

(تنبيه)

لو قَضَى المطلوبُ الدَّيْنَ إلى الطَّالِبِ فللمطلوبِ أن يرجعَ على الكفيلِ بما أعطاهُ كما في "الكافي" وغيرِهِ.

[٢٥٦٨١] (قوله: وإن لم يُعْطِهِ طَالِبُهُ) ((إن)) وصلِّيَّةٌ، و((طَالِبُهُ)) بكسرِ اللَّامِ، بَرْنَةٌ اسمُ الفاعلِ، مضافٌ للضميرِ، وهو المفعولُ الثاني لـ ((يُعْطِيهِ)) ^(٥).

[٢٥٦٨٢] (قوله: ولا يَعْمَلُ نَهْيُهُ إلخ) هذا ما أجابَ به في "البحر" ^(٦)، حيثُ قال: ((وقد سئلتُ عما إذا دَفَعَ المديونُ الدَّيْنَ للكفيلِ ليؤدِّيَهُ إلى الطَّالِبِ ثُمَّ نَهَاهُ عن الأداء، هل يَعْمَلُ نَهْيُهُ؟ فأجبتُ: إنَّ كان كَفَيْلًا بالأمرِ لم يَعْمَلْ نَهْيُهُ؛ لأنَّه لا يَمْلِكُ الاسترداد، وإلاَّ عَمِلَ؛ لأنَّه يَمْلِكُهُ)) اهـ.

قلتُ: وظاهرُ قولِهِ: ((ليؤدِّيَهُ)) أنَّ الدَّفْعَ على وجهِ الرِّسَالَةِ فهو مَبْنِيٌّ على ما في "كافي النَّسْفِيِّ".

[٢٥٦٨٣] (قوله: لأنَّه حينئذٍ أي: حينَ إذ كان كَفَيْلًا بلا أمرٍ يَمْلِكُ الأصيلُ الاسترداد؛

(١) "المنح": كتاب الكفالة ٢/٤٩ق/ب.

(٢) نقول: بل حقُّ العبارة: ((ليس له بالأوّل))، ومفاد العبارة: أن الأصيل إذا كان لا يستردُّ المال من الكفيل إذا كان دَفَعَهُ له على وجه الرسالة فيالأوّل أن لا يستردَّهُ إذا كان دَفَعَهُ له على وجه القضاء، وقد ثبت عليه الراجعي رحمه الله.

(٣) "الشَّرْئِيعَةِ": كتاب الكفالة ٢/٣٠٤ بتصرف (هامش "الدرر والغرر").

(٤) "القنية": كتاب الكفالة - باب أداء الأصيل إلى الكفيل ق ١٥٧/ب بتصرف، نقلًا عن إسماعيل المتكلم وسيف الدين السائي.

(٥) في "الأصل" و"ك" و"آ": ((ليعطيه)) بالياء، وهو تحريف.

(٦) "البحر": كتاب الكفالة - فصل: ولو أعطى المطلوب الكفيل إلخ ٦/٢٥٥.

لكنه قدّم قبله ما يُخالفه، فليحرّر. (وإن ربح) الكفيل (به طاب له)؛ لأنه نساءٌ ملكه حيث قبضه على وجه الاقتضاء؛ فلو على وجه الرسالة فلا؛ لتمحّضه أمانةً.....

لأنّ الكفيل لا دّين له عليه فلم يملك المؤدّي، بل هو في يده محض أمانة، كما إذا أذاه الأصل إليه على وجه الرسالة وكانت الكفالة بالأمر على ما مر^(١)، بل هذا بالأوّل؛ لما علّمت من أنّه هنا لا دّين له أصلاً.

(٢٥٩٨٤) (قوله: لكنه قدّم) قبله ما يُخالفه) لعل مراده بالمخالفة أنّ "المصنّف" لم يُعيّد "متنه" بكون الكفيل كفيلًا بالأمر، وفرّق هنا بين كونه بالأمر فلا يعمل نهيه وإلاّ عمل، لكن في "شرح المصنّف" (٢) إشارة إلى أنّ مراده في "المتن" الكفيل بالأمر، وقد علّمت أنّ هذا القيد لا بدّ منه فلا مخالفة.

(٢٥٩٨٥) (قوله: حيث قبضه على وجه الاقتضاء) تقييد لـ "المتن" ولتعليبه بأنّه نساءٌ ملكه، وصريح بعده بمفهومي، وعبارة "الهديّة" (٤): ((فإن ربح الكفيل فيه فهو له، لا يتصدّق به؛ لأنه ملكه حين قبضه، وهذا إذا قضى الدين ظاهر، وكذا إذا قضاة المطلوب بنفسه وثبت له استرداد ما دفع للكفيل، [١٨٠٣/٣] وإنما حكمنا بثبوت ملكه إذا قضاة المطلوب بنفسه لأنّ الكفيل وجب له بمجرّد الكفالة على الأصل مثل ما وجب للطالب على الكفيل، وهو المطالبة)) اهـ موضّحاً من "الفتح" (٥)، وتأمّله فيه.

(قوله: لأنّ الكفيل وجب له بمجرّد الكفالة على الأصل مثل ما وجب للطالب على الكفيل، وهو المطالبة) مقتضى ما سبق أنّ الكفيل وجب له على الأصل دّين، وهذا هو الذي يُعيّد له في المقبوض الملك لا المطالبة، لكنّ عبارة "الفتح" (٤): ((لأنّه وجب له على الأصل مثل ما وجب للطالب على الكفيل، وهو المطالبة، لكنّ أخرت مطالبة الكفيل إلى أدائه فنزل ما للكفيل على الأصل منزلة الدين المؤجل إلخ)).

(١) المقولة [٢٥٦٨٠] قوله: ((ليدفع للطالب)).

(٢) "المنح": كتاب الكفالة ٤٩٣/٢.

(٣) "المنح": كتاب الكفالة ٤٩٣/٢ ب.

(٤) "الهديّة": كتاب الكفالة ٩٣/٣ بتصرف.

(٥) انظر "الفتح": كتاب الكفالة ٣٢٠/٦ - ٣٢١.

خلافاً لـ "الثاني"،

(٢٥٦٨٦) (قوله: خلافاً لـ "الثاني") أي: "أبي يوسف"، فعنده يطيب له كمن غصبَ من إنسان وريح فيه يتصدق بالريح عندهما؛ لأنه استفادَهُ من أصلٍ خبيث، ويطيب له عنده مُستديلاً بحديث^(١):

(١) اختلف أهل العلم في صحة هذا الحديث؛ مع تلقّي الفقهاء له بالقبول.

روى ابن أبي ذئب عن مخلد بن خفاف بن إيماء بن رَحْضَةَ الْغِفَارِيِّ قال: كان بيني وبين شركاء لي عبد فاحتويناه بيننا وكان بعض الشركاء غائباً، فقدم وأتى أن يُحيزَهُ، فخاصمنا إلى هشام، في رواية ابن إسماعيل، وفي رواية: فخاصمنا إلى عمر بن عبد العزيز، فقضى برّد الغلام والخراج، وكان الخراج بلغ ألفاً، فأتيت غُرُوةَ بن الزبير فأخبرته، فحدثني غُرُوة عن عائشة أنّ رسول الله ﷺ قضى في مثل هذا أنّ الخراج بالضمان، قال: فعجلتُ إلى عمر فأخبرته ما أخبرني غُرُوة عن عائشة عن النبي ﷺ، فقال عمر: فما أيسر عليّ من قضاء قضيتك، والله أعلم أنّي لم أرْده فيه إلّا الحق، فلقني فيه سنة عن رسول الله ﷺ، فأردّ قضاء عمر وأُنفذ سنة رسول الله ﷺ، فراح إليه غُرُوة، فقضى لي أن أخذ الخراج من الذي قضى به عليّ له. وبعضهم يرويه مختصراً دون ذكر القصة.

أخرجه أبو داود (٣٥٠٨) في البيوع - باب من اشترى عبداً فاستعمله ثم وجد به عبياً، والترمذي (١٢٨٥) في البيوع - باب من يشتري العبد ويستغله ثم يجد به عبياً، والنسائي في "المجتبى" ٢٥٥/٧، و"الكبرى" (٦٠٨١) في البيوع - الخراج بالضمان، وابن ماجه (٢٢٤٢) في التجارات - باب الخراج بالضمان، والشافعي كما في "مسنده" ١٨٩/١، وعبد الرزاق في "المصنف" (١٤٧٧٧)، وأحمد بن حنبل ٤٩/٦، ٢٣٧، وإسحاق بن راهويه (٧٥٠) و(٧٧٥) و(٧٧٦)، وأبو بكر بن أبي شيبة ٣٧٣/٤، وأبو عبيد في "الأموال" ص ٨٠، وابن الجارود (٦٢٧)، وأبو غرانة (٥٤٩٥) و(٥٤٩٦)، وأبو يعلى (٤٥٣٧) و(٤٥٧٥)، والطحاوي ٢١/٤، والبيهقي في "مسند عليّ بن الجعد" (٢٨١١) و(٢٨١٢)، وأبو داود الطيالسي (١٤٦٤)، وابن عدي في "الكامل" ٤٤٤/٦، وابن حبان كما في "الإحسان" (٤٩٢٨)، والعقيلي في "الضعفاء" ٢٣١/٤، وتمام في "الفوائد" كما في "الروض البسام" (٦٩١) و(٦٩٢)، والحاكم في "المستدرک" ١٥/٢، وابن عبد البر ١٨/٢٠٦.

قال الطحاوي: عملت به العلماء.

قال الترمذي: حديث حسن صحيح، وقد روي هذا الحديث من غير هذا الوجه، والعمل على هذا عند أهل العلم. وتفسير ((الخراج بالضمان)) هو الرجل يشتري العبد فيستغله، ثم يجد به عيباً فيردّه على البائع فالغلة للمشتري؛ لأنّ العبد لو هلك هلك من مال المشتري، ونحو هذا من المسائل يكون فيه الخراج بالضمان. ومخلد بن خفاف: هو ابن إيماء بن رَحْضَةَ الْغِفَارِيِّ، قال ابن وضاح: مخلد مدني ثقة، وذكره ابن حبان في "الثقات". وصحّح هذا الحديث ابن القطان.

وقال البخاري وبتبعه ابن عدي: معروف بهذا الحديث، لا يعرف له غيره.

وسأل الترمذي في "العلل الكبير" ١٠١٣/١ - ٥١٤ البخاري عن هذا الحديث فقال: مخلد بن خفاف لا عرف له غير هذا الحديث، وهذا حديث منكر. وقال البخاري: مخلد فيه نظر.

قال ابن أبي حاتم في "المجرح والتعديل" ٣٤٧/٨: سئل أبي عنه فقال: لم يرو عنه غير ابن أبي ذئب، وليس هذا إسناداً تقوم به الحجة، غير أنّي أقول به؛ لأنه أصلح من آراء الرجال.

= قال ابن حجر في "التذهيب" ٤/٤١٤: وفي سماع ابن أبي ذئبٍ منه عندي نظرٌ. وقال ابن حزم في "المجلد" ٥/٢٥٠: لا يصح؛ لأن رواه مَحَلَّد بن خُفَّابٍ، وهو مجهولٌ. وقال في "الإحكام" ٧/٣٥٦: لا تقوم مثله حجة؛ لأنَّ مَحَلَّدًا ومسلمًا بقويَّين.

قال ابن عدي في "الكامل" ٦/٤٤٥: وكنا نظنُّ أنَّ هذا الحديث لم يروِه عن مَحَلَّدٍ غير ابن أبي ذئبٍ كما ذكره البخاريُّ أيضًا، حتَّى حدَّثناه الوشاء عن الباسيِّ عن الهيثم بن جميل عن يزيد بن عياض عن مَحَلَّد بن خُفَّابٍ عن عُرْوَةَ عن عائشة قالت: ((قضى رسولُ الله ﷺ أنَّ الخراج بالضمان)). ويزيد بن عياض: قال البخاريُّ: مُتَكَرِّرُ الحديث، وقال يحيى: ليس بثقة، ورماه مالكٌ بالكذب، وقال النسائيُّ وغيره: متروكٌ.

قال العُقيليُّ: وتابعه [مَحَلَّد] الرُّبَيعي بن خالد عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة بهذا أيضًا، وهذا الإسناد فيه ضَعْفٌ. وروى مسلمٌ بنُ خالدٍ الرُّبَيعيُّ عن هشام بن عُرْوَةَ عن أبيه عن عائشة أنَّ رجلاً اشْتَرَى عبدًا فاستغله، ثمَّ ظَهَرَ منه على عيبٍ، فخاصَمَ فيه إلى رسولِ الله ﷺ فقضى له برَّه، فقال البائع: يا رسولَ الله إنَّه قد أخذَ خراجَه. فقال رسولُ الله ﷺ: ((الخراج بالضمان)). وبعضهم يرويه دون القصَّة، وبعضهم يقول: ((الْعَلَّةُ بالضمان)).

أخرجه أبو داود (٣٥١٠) في البيوع - باب من اشْتَرَى عبدًا فاستعمله ثمَّ وجَدَ به عيبًا، وابنُ ماجه (٢٢٤٣) في التَّعَارَات - باب الخراج بالضمان، وابنُ الجارود في "المتقى" (٦٢٦)، وأحمد ٨٠/٦، والدارقطني ٥٣/٣، وابنُ زُنجويه في "الأموال" (٢٨١)، والطحاويُّ في "شرح المعاني" ٢١/٤، وأبو عروانة (٥٤٩٤)، وأبو يعلَى (٤٦١٤)، وابنُ حبان في "صحيحه" كما في "الإحسان" (٤٩٢٧)، والحاكم في "المستدرک" ١٤/٢ - ١٥، والبيهقيُّ في "المعرفة" (١١٣٥٠) و(١١٣٥٢)، وابنُ عبد البرِّ في "المُتمهيد" ٢٠٦/١٨، والبيهقيُّ في "شرح السنة" (٢١١٨)، وابنُ عساکر في "تاريخ دمشق" ٣٦٠/٣٢.

قال الطحاويُّ: تَلَقَّى العُلمَاءُ هذا الخبرَ بالقبول.

قال البخاريُّ في "التَّاريخ" ١/٢٤٣: وقال مسلمٌ بنُ خالدٍ عن هشام بن عُرْوَةَ عن أبيه عن عائشة عن النَّبيِّ ﷺ: ((الخراج بالضمان))، ولا يصحُّ اهـ. وسأل الترمذِيُّ في "العلل الكبير" ١/٥١٤ البخاريَّ عنه، فقال: إنما رواه مسلمٌ بنُ خالدٍ الرُّبَيعيُّ، ومسلمٌ: ذاهبُ الحديث اهـ.

ومسلمٌ بنُ خالدٍ الرُّبَيعيُّ الفقيه المكيُّ: قال ابنُ مَعِينٍ: ثقة، وقال: ليس به بأسٌ، وقال: صالحُ الحديث، وقال: ضعيفٌ، وقال الدارقطنيُّ: ثقة، وقال ابنُ المَدِينيِّ: ليس بشيءٍ، وقال البخاريُّ: مُتَكَرِّرُ الحديث، وقال أبو حاتم: ليس بذلك القويُّ، مُتَكَرِّرُ الحديث، يُكْتَبُ حديثه ولا يُحتَجُّ به، تعرَّفَ وتَنَكَّرَ. فلا يُحْتَمَلُ منه مثلُ هذا عن عُرْوَةَ. وقال أبو داود: هذا إسنادٌ ليس بذلك. قال الترمذِيُّ في "مختصر أبي داود" ١٦١/٥: يُشِيرُ إلى ما أشار إليه البخاريُّ من تضعيف مسلم بن خالد الرُّبَيعيِّ، وقال ابنُ عديٍّ: وهذا يُعرَفُ بمسلم بن خالدٍ عن هشام بن عُرْوَةَ، وقد رواه بعضُ الضَّعفاء أيضًا عن هشام بن عُرْوَةَ.

وروى أبو سلَمة يحيى بن خَلَفٍ عن عمر بن عليٍّ المَقْدَسيِّ عن هشام بن عُرْوَةَ عن أبيه عن عائشة: ((أنَّ رسولَ الله ﷺ قضى أنَّ الخراج بالضمان)).

أخرجه الترمذِيُّ (١٢٨٦) في البيوع - باب فيمن يشتري العبدَ ويستغله ثمَّ نجِدَ به عيبًا، وابنُ عديٍّ في "الكامل" ٥/٤٥٠، والبيهقيُّ في "الكبرى" ٥/٣٢٢، و"معرفة السنن" (١١٣٥٦).

قال الترمذي: حسن صحيح غريب من حديث هشام بن عروة. ثم قال: استغرب محمد بن إسماعيل هذا الحديث من حديث عمر بن علي، قلت: تراه تدليساً؟ قال: لا.

وقال الترمذي في "العلل الكبير" ٥١٤/١: فقلت له [أي: البخاري]: قد رواه عمر بن علي عن هشام بن عروة، فلم يعرفه من حديث عمر بن علي، قلت له: ترى أن عمر بن علي دلس فيه؟ فقال محمد: لا أعرف أن عمر بن علي يدلس. اه. قال البيهقي: وذكره الترمذي لمحمد بن إسماعيل، فكأنه أعجبه. قال المنذري في "مختصر السنن" ١٦١/٥: إسناده جيد. ويحيى بن خلف أبو سلمة البصري: وثقه الزائر وابن حبان.

وعمر بن علي الملقب: أنبى عليه أحمد حيراً، وقال: كان يدلس، وقال ابن معين: كان يدلس وما كان به بأس، وقال ابن عدي: له أحاديث جسان، وأرجو أنه لا بأس به. قال ابن سعد: كان يدلس تدليساً شديداً، يقول: سمعت وحدثنا، ثم يسكت فيقول: هشام بن عروة والأعمش. قال أبو حاتم: محلّه الصدق، ولو لا تدليسه لحكّمنا له إذا جاء بزيادة، غير أنا نخشى أن يكون أخذه عن غير ثقة.

وأخرج أبو عروبة في "مسنده المستخرج" (٥٤٩٣): حدثنا أبو داود السجستاني قال: سمعت قتيبة بن سعيد قال: هو في كتابي بخطي عن جرير عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة: أن النبي ﷺ قال: ((الحراج بالضمان)).

قال أبو عروبة: اختلف أهل العلم في صحة هذا الحديث، وروي عن ثلاثة: عن هشام بن عروة، رواه جرير، ومسلم ابن خالد، ولعله عمر بن علي، فأما مسلم فليس بالثقة كما ينبغي، وأما عمر بن علي فإنه كان يدلس، ولعله أخذه عن مسلم بن خالد، وأما جرير فإن هذا الحديث ليس بمشهور عنه، ولا نعلم كتباً من غير حديث قتيبة بن سعيد. اه.

قال البخاري في "التاريخ الكبير" ٢٤٣/١: ورواه جرير عن هشام - ولم يسمعه - عن أبيه عن عائشة عن النبي ﷺ، قال: ولا يصح.

قال الترمذي: قلت له [أي: للبخاري]: رواه جرير عن هشام فقال: قال محمد بن حُميد: إن جريراً روى هذا في المناظرة، ولا يدرون له فيه سماعاً. وضعف محمد حديث هشام بن عروة في هذا الباب. قال الترمذي: وحديث جرير يقال: تدليس دلس فيه جرير. لم يسمعه من هشام بن عروة.

ورواه محمد بن المنذر الزبيري عن هشام بن عروة عن أبيه قال: الحراج بالضمان. ذكره البخاري في "التاريخ الكبير" ٢٤٣/١ هكذا من قول عروة بن الزبير.

ومحمد بن المنذر الزبيري: إن كان ابن الزبير بن العوام [وهو الذي رجّحه ابن حجر في "تجديد النفع"] صدقاً فقال ابن حبان في "اللفات": ربّما أخطأ، يروي المقاطيع والمراسيل.

ورواه محمد بن الصباح وعمر بن رافع البجلي عن يعقوب بن الوليد بن أبي هلال عن هشام (ح)، ورواه إبراهيم بن عبد الله الهروي عن يعقوب بن الوليد وخالد بن مهراّن المكوف عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة به. أخرجه ابن عدي ١٤٧/٧، والخليلي في "الإرشاد" ص ٢٣٩. قال الخليلي: هذا حديث يعرف لمسلم بن خالد الزنجي عن هشام وتابعه يعقوب. وقال ابن عدي: هذا حديث مسلم بن خالد الزنجي عن هشام بن عروة سرقه منه يعقوب هذا، وخالد بن مهراّن وهو مجهول، ويعقوب: كذبه أحمد، وقال ابن معين: ليس بثقة.

وأخرجه الخليلي في "الإرشاد" ص ٣٦٥، والخطيب في "تاريخ بغداد" ٢٩٧/٨ - ٢٩٨، وعنه ابن الجوزي في "العلل المتناهية" ٥٩٦/٢، من طريق إبراهيم بن عبد الله الهروي عن خالد بن مهراّن المكوف عن هشام به. قال الخليلي: قد ذكرتُ علته، وأنه من حديث مسلم بن خالد، وضعفه فيه أيضاً، ومثابه مثل خالد لا تقويه. -

(وُنْدِبَ رَدُّهُ) عَلَى الْأَصِيلِ إِنَّ^(١) قَضَى الدِّينَ بِنَفْسِهِ، "درر"^(٢)،

((الْخَرَجُ بِالضَّمَانِ))، "فتح"^(٣).

[٢٥٦٨٧] (قَوْلُهُ: وَنُدِبَ رَدُّهُ) مُرْتَبِطُ بِقَوْلِهِ بَعْدَهُ: ((فِيْمَا يَتَعَيَّنُ بِالْتَّعْيِينِ)) أَي: أَنَّ قَوْلَهُ: ((طَابَ لَهُ)) - أَي: الرَّبِيعُ - إِنَّمَا هُوَ فِيْمَا لَوْ كَانَ الْمُؤَدَّى لِلْكَفِيلِ شَيْئًا لَا يَتَعَيَّنُ بِالْتَّعْيِينِ كَالدَّرَاهِمِ وَالْدَّنَانِيرِ، فَإِنَّ الْخُبْرَ لَا يَظْهَرُ فِيْهَا، بِخِلَافِ مَا يَتَعَيَّنُ كَالْحَنْطَةِ وَنَحْوِهَا، بِأَنَّ كَفَلَ عَنْهُ حَنْطَةً وَأَذَاهَا الْأَصِيلُ إِلَى الْكَفِيلِ وَرَبِيعُ الْكَفِيلِ فِيْهَا فَإِنَّهُ يَنْدَبُ رَدُّ الرَّبِيعِ إِلَى الْأَصِيلِ، قَالَ فِي "النَّهْرِ"^(٤): ((وَهَذَا هُوَ أَحَدُ الرُّوَايَاتِ عَنْ "الْإِمَامِ"، وَهُوَ الْأَصْحَحُ، وَعَنْهُ أَنَّهُ لَا يَرُدُّهُ، بَلْ يَطْبِئُ لَهُ، وَهُوَ قَوْلُهُمَا؛ لِأَنَّهُ نَمَاءٌ مِلْكِيٍّ، وَعَنْهُ: أَنَّهُ يَتَصَدَّقُ بِهِ))، وَتَمَامُهُ فِيْهِ.

٢٧٨/٤

[٢٥٦٨٨] (قَوْلُهُ: إِنَّ قَضَى الدِّينَ بِنَفْسِهِ) أَي: إِنَّ قَضَاءَ الْأَصِيلِ لِلطَّلَالِ، وَهَذِهِ الْعِبَارَةُ تَابَعُ فِيْهَا صَاحِبُ "الدَّرَرِ" "الزُّبُلِيُّ"^(٥)، وَأَقْرَأَهُ "الشَّرَنْبُلَالِيُّ"^(٦)، لَكِنْ اعْتَرَضَهُ "الْوَانِيُّ": ((بِأَنَّ هَذَا الْقَيْدَ غَيْرُ لَازِمٍ وَمُوْهِمٌ خِلَافَ الْمَقْصُودِ)).

- وَخَالِدُ بْنُ مَهْرَانَ: قَالَ الْخَلِيلِيُّ: كَانَ مُرْجِنًا وَضَعْفُوهُ جَدًّا. وَتَقَدَّمَ عَنْ ابْنِ عَدِيٍّ أَنَّهُ جَهْلَوْنَ، وَأَنَّهُ سَرَقَ الْحَدِيثَ. قَالَ ابْنُ الْجَوْزِيِّ: وَهَذَا الْحَدِيثُ لَا يَصِحُّ. وَفِي كِتَابِ الْحُسَيْنِ بْنِ حَبَّانَ وَجَادَةً، قَالَ أَبُو زَكْرِيَا - أَيَّ يَحْيَى بْنُ مَعِينٍ - : أَبُو الْهَيْثَمِ خَالِدُ بْنُ مَهْرَانَ الْمَكْفُوفُ، قَائِدُ الْمَكَايِفِ، جَارُ الْهَرَوِيِّ ثَقَّةً، وَكَانَ عَسِيرًا فِي الرُّوَايَةِ، أَتَيْنَاهُ فَلَمْ يُحَدِّثْنَا، وَكَانَ عِنْدَهُ حَدِيثُ: ((الْخَرَجُ بِالضَّمَانِ)).

وَرَوَاهُ مَصْعُبُ بْنُ إِبْرَاهِيمَ الْجَهْنِيُّ عَنْ ابْنِ جُرَيْجٍ عَنِ الزُّهْرِيِّ عَنْ عُرْوَةَ بِهِ.

أَخْرَجَهُ ابْنُ عَدِيٍّ فِي "الْكَامِلِ" ٤٤٤/٦ - ٣٦٥ - ٣٦٦، ثُمَّ قَالَ: وَهَذَا مُتَكَرِّرٌ عَنِ الزُّهْرِيِّ، وَإِنَّمَا يَرَوِي هَذَا ابْنُ أَبِي ذَلْبٍ عَنْ مَخْلَدِ بْنِ خُفَافٍ، وَقَدْ رَوَى هَذَا عَنْ ابْنِ جُرَيْجٍ عَنْ ابْنِ أَبِي ذَلْبٍ عَنْ مَخْلَدِ بْنِ خُفَافٍ، وَمَصْعُبُ بْنُ هَذَا قَالَ: عَنْ ابْنِ جُرَيْجٍ عَنِ الزُّهْرِيِّ عَنْ عُرْوَةَ، وَلَيْسَ هَذَا مِنْ حَدِيثِ الزُّهْرِيِّ، وَمَصْعُبُ بْنُ شَيْخٍ جَهْلَوْنَ لَيْسَ بِالْمَعْرُوفِ، وَأَحَادِيثُهُ لَيْسَتْ بِالْمَحْفُوظَةِ. قَالَ الْعُقَيْلِيُّ: فِي حَدِيثِهِ نَقَرٌ.

(١) فِي "و": ((إِذَا)).

(٢) "الدَّرَرُ وَالْغَرَرُ": كِتَابُ الْكَفَالَةِ ٣٠٤/٢ بِتَصْرِفٍ.

(٣) "الْفَتْحُ": كِتَابُ الْكَفَالَةِ ٣٢٣/٦ بِتَصْرِفٍ.

(٤) "النَّهْرُ": كِتَابُ الْكَفَالَةِ ٤٢١/ب بِإِخْتِصَارٍ.

(٥) فِي "الْأَصْلِ": ((وَالزُّبُلِيُّ)) بِالْوَاوِ، وَانْظُرْ "بَيِّنُ الْحَقَائِقِ": كِتَابُ الْكَفَالَةِ ١٦٢/٤.

(٦) "الشَّرَنْبُلَالِيَّةُ": كِتَابُ الْكَفَالَةِ ٣٠٤/٢ (هَامِشُ "الدَّرَرُ وَالْغَرَرُ").

(فِيمَا يَتَعَيَّنُ بِالْتَّعْيِينِ) كحَنْطِطَةٍ، لَا فِيمَا لَا يَتَعَيَّنُ كَنَقُودٍ فَلَا يُنْدَبُ، وَلَوْ رَدَّهُ هَلْ يَطِيبُ لِأَصِيلٍ؟ الْأَشْبَةُ نَعَمْ وَلَوْ غَنِيًّا، "عَنَايَةً". (أَمَرَ الْأَصِيلُ) كَفِيلُهُ بِيَعِ الْعَيْنَةَ.....

قلتُ: وهو كذلك كما يُعَلِّمُ من "الهداية"^(١)، حيث قال في توجيهِ الْأَصْح: ((وله - أي: لـ "الإمام" - أَنَّهُ تَمَكَّنَ الْحُبُّ مَعَ الْمَلِكِ؛ لِأَنَّهُ بِسَبِيلِ مِنَ الْإِسْتِرْدَادِ، بِأَنَّهُ يَقْضِيهِ بِنَفْسِهِ الْإِخْ))، فَجَعَلَ إِمَّاكَانَ الْإِسْتِرْدَادِ بِقَضَاءِ الدِّينِ بِنَفْسِهِ دَلِيلُ ثُبُوتِ الْحُبِّ فِي الرَّبْحِ مَعَ قِيَامِ الْمَلِكِ، فَعَلِمَ أَنَّ ذَلِكَ غَيْرُ قَيْدٍ فِي الْمَسْأَلَةِ.

[٢٥٦٨٩] (قوله: الْأَشْبَةُ نَعَمْ وَلَوْ غَنِيًّا) الذي في "العناية"^(٢) - وكذا "البحر"^(٣) و"النهر"^(٤) -: ((إِنْ كَانَ فَقِيرًا طَابَ، وَإِنْ كَانَ غَنِيًّا فَفِيهِ رَوَاتَانِ، وَالْأَشْبَةُ أَنَّ يَطِيبُ لَهُ أَيْضًا))، فَكَانَ الْأَوَّلَى لـ "الشَّارِحِ" أَنَّ يُؤَخَّرَ قَوْلُهُ: ((الْأَشْبَةُ نَعَمْ)) عَنْ قَوْلِهِ: ((وَلَوْ غَنِيًّا^(٥)))؛ لِأَنَّ الرُّوَاتَيْنِ فِيهِ لَا فِي الْفَقِيرِ. **مَطْلَبُ: يَبِيعُ الْعَيْنَةَ^(٦)**

[٢٥٦٩٠] (قوله: أَمَرَ كَفِيلَهُ بِيَعِ الْعَيْنَةَ) بِكَسْرِ الْعَيْنِ الْمَهْمَلَةِ، وَهِيَ السَّفَلُ، يُقَالُ: بَاعَهُ بِعَيْنَةٍ أَيْ: تَسْيِئَةً، "مَغْرِب"^(٧).

(١) "الهداية": كتاب الكفالة ٩٤/٣.

(٢) "العناية": كتاب الكفالة ٣٢١/٦ (هامش "فتح القدير")، وَنَقَلَ قَوْلَهُ: ((وَالْأَشْبَةُ...)) عَنْ "فخر الإسلام".

(٣) "البحر": كتاب الكفالة - فصل قوله: وَلَوْ أَعْطَى الْإِخْ ٢٥٦/٦.

(٤) "النهر": كتاب الكفالة ق ٤٢١/ب.

(٥) في "الأصل" و"٣": ((وَلَا غَنِيًّا))، وَهُوَ تَحْرِيفٌ.

(٦) نقول: ذهب الحنفيةُ والشافعيةُ إِلَى صَحَّةِ عَقْدِ بَيْعِ الْعَيْنَةِ مَعَ الْكَرَاهَةِ التَّحْرِيمِيَّةِ عِنْدَ الْحَنْفِيَّةِ، وَالْحَرَمَةِ عِنْدَ الشَّافِعِيَّةِ، وَذَهَبَ الْمَالِكِيَّةُ وَالْحَنَابِلَةُ إِلَى بَطْلَانِ هَذَا الْعَقْدِ؛ لِأَنَّهُ اتَّخَذَ حِيلَةً لِتَحْلِيلِ التَّعَامُلِ بِالرَّابَا، فَهُوَ وَسِيلَةٌ لِعَقْدِ مُحَرَّمٍ غَيْرِ مَشْرُوعٍ، فَيُتِمَّنَّ سَدُّ لِلذَّرَائِعِ.

والتَّحْقِيقُ فِي مَذْهَبِ الْحَنْفِيَّةِ أَنَّ صَوْرَةَ بَيْعِ الْعَيْنَةِ الْمَكْرُوهَ تَحْرِيمًا هُوَ شَرَاءُ شَيْءٍ بِشَيْءٍ مُوَحَّلٍ، ثُمَّ يَبِعُهُ لِنَفْسِ الْبَائِعِ الْأَوَّلِ بِشَيْءٍ فَوْرِيٍّ أَقْلَ مِنَ الثَّمَنِ الْأَوَّلِ، أَمَّا إِذَا بَاعَهُ لِغَيْرِ الْبَائِعِ الْأَوَّلِ كَمَا إِذَا بَاعَهُ فِي السُّوقِ فَلَا كَرَاهَةَ فِيهِ بَلْ هُوَ خِلَافُ الْأَوَّلِ، فَمَا لَمْ تَرْجِعِ الْعَيْنُ إِلَى الْبَائِعِ الْأَوَّلِ الَّتِي خَرَجَتْ مِنْهُ لَا يَسْمَى الْبَيْعُ بَيْعَ الْعَيْنَةِ، كَمَا حَقَّقَهُ الْكَمَائِنْ بِنِ الْهَمَامِ، وَأَقْرَأَهُ عَلَيْهِ غَيْرُ وَاحِدٍ مِنْ فَهَاءِ الْمَذْهَبِ، كَمَا سَيَأْتِي فِي الْمَقُولَةِ [٢٥٦٩٢]. وَانْظُرِ "الْفَقْهَ الْإِسْلَامِيَّ وَأَدْلَتَهُ" لِلدُّكُورِ وَهَبَةِ الرَّحِيلِيِّ ٣٢/٤ وَمَا بَعْدَهَا ١٨٦/٤ وَمَا بَعْدَهَا.

(٧) "المغرب": مادة (وعين).

أي: يَبِّعُ الْعَيْنَ بِالرَّيْحِ نَسِئَةً لِيَبْعَهَا الْمُسْتَقْرِضُ بِأَقْلٍ لِقَضِي دَيْنِهِ، اخْتَرَعَهُ أَكَلَةُ الرَّبَا، وَهُوَ مَكْرُوهٌ مَذْمُومٌ شَرْعاً؛ لِمَا فِيهِ مِنَ الْإِعْرَاضِ عَنْ مَبَرَّةِ الْإِقْرَاضِ (فَفَعَلَ) الْكَفِيلُ ذَلِكَ (فَالْمُبِيعُ لِلْكَفِيلِ، وَ) زِيَادَةُ (الرَّيْحِ عَلَيْهِ) لِأَنَّهُ الْعَاقِدُ، وَ(لَا) شَيْءٌ عَلَى (الْأَمْرِ).....

وفي "المصباح" ^(١): ((وقيل لهذا الْبَيْعِ: عَيْنُهُ لِأَنَّ مُشْتَرِي السَّلْعَةِ إِلَى أَجَلٍ يَأْخُذُ بِهَا عَيْنًا، أَيْ: نَقْدًا حَاضِرًا)) اهـ. أي: قَالَ الْأَصْلُ لِلْكَفِيلِ: اشْتَرِ مِنَ النَّاسِ نَوْعًا مِنَ الْأَقْمَشَةِ ثُمَّ بَعْهُ، فَمَا رَيْحُهُ الْبَائِعِ مِنْكَ وَخَسِرَتُهُ أَنْتَ فَعَلِي، فَيَأْتِي إِلَى تَاجِرٍ فَيَطْلُبُ مِنْهُ الْقَرْضَ، وَيَطْلُبُ التَّاجِرُ مِنْهُ الرَّيْحَ وَيَخَافُ مِنَ الرَّبَا، فَيَبِيعُهُ التَّاجِرُ ثَوْبًا يَسَاوِي عَشْرَةَ مَثَلًا بِخَمْسَةِ عَشَرَ نَسِئَةً، فَيَبِيعُهُ هُوَ فِي السُّوقِ بَعَشْرَةٍ، فَيَحْصُلُ لَهُ الْعَشْرَةُ وَيَجِبُ عَلَيْهِ لِلْبَائِعِ خَمْسَةُ عَشَرَ إِلَى أَجَلٍ، أَوْ يُقْرِضُهُ خَمْسَةَ عَشَرَ دَرَاهِمًا، ثُمَّ يَبِيعُهُ الْمَقْرَضُ ثَوْبًا يَسَاوِي عَشْرَةَ بِخَمْسَةِ عَشَرَ، فَيَأْخُذُ الدَّرَاهِمَ الَّتِي أَقْرَضَهُ عَنْهَا ثَمَنُ الثَّوْبِ فَيَبْقَى عَلَيْهِ الْخَمْسَةُ عَشَرَ قَرْضًا، "دَر" ^(٢).

وَمِنْ صَوَرِهَا: أَنْ يَعُودَ الثَّوْبُ إِلَيْهِ كَمَا إِذَا اشْتَرَاهُ التَّاجِرُ فِي الصُّورَةِ الْأُولَى مِنَ الْمُشْتَرِي الثَّانِي وَدَفَعَ الثَّمَنَ إِلَيْهِ لِيَدْفَعَهُ إِلَى الْمُشْتَرِي الْأَوَّلِ، وَإِنَّمَا لَمْ يَشْتَرِهِ مِنَ الْمُشْتَرِي الْأَوَّلِ تَحَرُّزًا عَنْ شِرَاءِ مَا بَاعَ بِأَقْلٍ مِمَّا بَاعَ قَبْلَ نَقْدِ الثَّمَنِ.

[٢٥٦٩١] (قَوْلُهُ: أَيْ: يَبِّعُ ^(٣) الْعَيْنَ بِالرَّيْحِ) أَيْ: بِثَمَنِ زَائِدٍ نَسِئَةً، أَيْ: إِلَى أَجَلٍ، وَهَذَا تَفْسِيرٌ لِلْمَرَادِ مِنْ بَيْعِ الْعَيْنَةِ فِي الْعَرَفِ بِالنَّظَرِ إِلَى جَانِبِ الْبَائِعِ، فَلَمَعْنَى: أَمَرَ كَفِيلَهُ بِأَنْ يُبَايِعَ عَقْدَ هَذَا الْبَيْعِ مَعَ الْبَائِعِ بِأَنْ يَشْتَرِيَ مِنْهُ الْعَيْنَ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ؛ لِأَنَّ الْكَفِيلَ مَأْمُورٌ بِشِرَاءِ الْعَيْنَةِ لَا بِبَيْعِهَا، وَأَمَّا نَبِيعُهُ بَعْدَ ذَلِكَ لِمَا اشْتَرَاهُ فَلَيْسَ عَلَى وَجْهِ الْعَيْنَةِ؛ لِأَنَّهُ يَبِيعُهَا حَالَةً بِدُونِ رَيْحٍ.

[٢٥٦٩٢] (قَوْلُهُ: وَهُوَ مَكْرُوهٌ) أَيْ: عِنْدَ "مَحْمَدٍ"، وَبِهِ جَزَمَ فِي "الْهِدَايَةِ" ^(٤)، قَالَ فِي "الْفَتْحِ" ^(٥): ((وَقَالَ "أَبُو يَوْسُفَ": لَا يُكْرَهُ هَذَا الْبَيْعُ؛ لِأَنَّهُ فَعَلَهُ كَثِيرٌ مِنَ الصَّحَابَةِ وَحُمِلُوا عَلَى ٣١/١٨٠ ب/١، ذَلِكَ،

(١) "المصباح": مادة ((عين)).

(٢) "الدرر والغرر": كتاب الكفالة ٤/٣٠٤.

(٣) فِي "الْأَصْلِ": ((بَيْنَ))، وَهُوَ تَحْرِيفٌ.

(٤) "الهداية": كتاب الكفالة ٣/٩٤.

(٥) "الفتح": كتاب الكفالة ٤/٣٢٤.

ولم يُعْثَوْهُ مِنَ الرَّبِّ، حَتَّىٰ لَوْ بَاعَ كَاغِدَةً بِأَلْفٍ يَحْزُرُ وَلَا يَكْرَهُ. وَقَالَ "عَمْدٌ": هَذَا الْبَيْعُ فِي قَلْبِي كَأَمثالِ الْجِبَالِ ذَمِيمٌ، اخْتَرَعَهُ أَكَلَةُ الرَّبِّ، وَقَدْ ذَمَّهُمْ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ: «إِذَا تَبَايَعْتُمْ بِالْعَيْنِ»^(١) وَاتَّبَعْتُمْ أَذْنَابَ الْبَقَرِ ذَلَّلْتُمْ وَظَهَرَ عَلَيْكُمْ عَدُوُّكُمْ»^(٢)، أَيْ: اسْتَغْلَيْتُمْ بِالْحَرْثِ عَنِ الْجِهَادِ، وَفِي رِوَايَةٍ: «سُلْطَ عَلَيْكُمْ شِرَارُكُمْ فَيَدْعُو خِيَارَكُمْ فَلَا يُسْتَحَابُّ لَكُمْ»^(٣)، وَقِيلَ: إِنَّاكَ وَالْعَيْنَةُ، فَإِنَّهَا لَعَيْنَةٌ»، ثُمَّ قَالَ فِي "الْفَتْحِ"^(٤) مَا حَاصِلُهُ: «أَنَّ الَّذِي يَبْعُ فِي قَلْبِي أَنَّهُ إِنْ فَعَلْتُ صُورَةَ عَوْدٍ فِيهَا إِلَى الْبَائِعِ جَمِيعُ مَا أَخْرَجَهُ أَوْ بَعْضُهُ كَعَوْدِ الثَّوْبِ إِلَيْهِ فِي الصُّورَةِ الْمَارَّةِ»^(٥)، وَكَعَوْدِ الْخُمْسَةِ فِي صُورَةِ إِقْرَاضِ الْخُمْسَةِ عَشَرَ فَيُكْرَهُ. يَعْنِي: تَحْرِيمًا - فَإِنَّ لَمْ يَعُدْ كَمَا إِذَا بَاعَهُ الْمَدْيُونُ فِي السُّوقِ فَلَا كِرَاهَةَ فِيهِ، بَلْ خِلَافُ الْأَوَّلِ، فَإِنَّ الْأَجَلَ قَابَتُهُ قُسْطٌ مِنَ الثَّمَنِ، وَالْقَرْضُ غَيْرُ وَاجِبٍ عَلَيْهِ دَائِمًا، بَلْ هُوَ مَنْدُوبٌ، وَمَا لَمْ تَرْجِعْ إِلَيْهِ الْعَيْنُ الَّتِي خَرَجَتْ مِنْهُ لَا يُسَمَّى بَيْعَ الْعَيْنَةِ؛ لِأَنَّهُ مِنَ الْعَيْنِ الْمُسْتَرَجَعَةِ لَا الْعَيْنِ مُطْلَقًا، وَإِلَّا فَكُلُّ بَيْعٍ بَيْعُ الْعَيْنَةِ» اهـ. وَأَقْرَأَ فِي "الْبَحْرِ"^(٦) وَ"النَّهْرِ"^(٧) وَ"الشَّرْئِبْلَالِيَّةَ"^(٨)، وَهُوَ ظَاهِرٌ، وَجَعَلَهُ السَّيِّدُ "أَبُو السَّعُودِ"^(٩) مَحْمَلٌ قَوْلِ "أَبِي يُوسُفَ"، وَحَمَلَ قَوْلَ "مَحْمَدٍ" وَالْحَدِيثَ عَلَى صُورَةِ الْعَوْدِ.

هَذَا، وَفِي "الْفَتْحِ"^(١٠) أَيْضًا: «ثُمَّ ذَمُّوا الْبَيَاعَاتِ الْكَائِنَةَ الْآنَ أَشَدَّ مِنْ بَيْعِ الْعَيْنَةِ، حَتَّىٰ قَالَ مَشَائِخُ بَلَخٍ - مِنْهُمْ "مَحْمَدُ بْنُ سَلَمَةَ" - لِلتَّجَارِ: إِنَّ الْعَيْنَةَ الَّتِي جَاءَتْ فِي الْحَدِيثِ خَيْرٌ مِنْ بَيَاعَاتِكُمْ، وَهُوَ صَحِيحٌ»^(١١)، فَكَثِيرٌ مِنَ الْبَيَاعَاتِ كَالزَّيْتِ وَالْعَسَلِ وَالشَّيْرِجِ وَغَيْرِ ذَلِكَ اسْتَقَرَّ الْحَالُ فِيهَا عَلَى وَزْنِهَا مَظْرُوفَةٌ، ثُمَّ إِسْقَاطُ مَقْدَارٍ مُعَيَّنٍ عَلَى الظَّرْفِ، وَبِهِ يَصِيرُ الْبَيْعُ فَاسِدًا، وَلَا شَكَّ أَنَّ الْبَيْعَ

(١) فِي "م": ((بِالْعَيْنَةِ)).

(٢) تَقَدَّمَ تَحْرِيمُهُ ٥٦٧/١٥ وَمَا بَعْدَهَا.

(٣) لَمْ تَقَفْ عَلَى هَذِهِ الرِّوَايَةِ فِي الْمَصَادِرِ الْحَدِيثِيَّةِ الَّتِي بَيْنَ أَيْدِينَا. وَهِيَ أَعْلَمُ.

(٤) "الْفَتْحُ": كِتَابُ الْكِفَالَةِ ٣٢٤/٦.

(٥) الْمَقُولَةُ [٢٥٦٩٠] قَوْلُهُ: «(أَمَرَ كَفِيلَهُ بِبَيْعِ الْعَيْنَةِ)».

(٦) "الْبَحْرُ": كِتَابُ الْكِفَالَةِ - فَصْلُ قَوْلِهِ: وَلَوْ أُعْطِيَ الْخُ ٢٥٦/٦.

(٧) "النَّهْرُ": كِتَابُ الْكِفَالَةِ ٤٢١/ب.

(٨) "الشَّرْئِبْلَالِيَّةُ": كِتَابُ الْكِفَالَةِ ٣٠٤/٢ - ٣٠٥ (هَامِشُ "الدَّرَرِ وَالْغَرَرِ").

(٩) "فَتْحُ الْمَعِينِ": كِتَابُ الْكِفَالَةِ ١٥٠/٣.

(١٠) "الْفَتْحُ": كِتَابُ الْكِفَالَةِ ٣٢٤/٦.

(١١) فِي "الْأَصْلِ": ((وَهُوَ كَثِيرٌ)) بَدَلُ ((وَهُوَ صَحِيحٌ)).

لأنه إما ضمان الخُسران، أو توكيلٌ بمجهول، وذلك باطلٌ. (كفَلَ) عن رجلٍ (عما ذابَ له، أو عما قُضِيَ له عليه، أو بما لَزِمَهُ له) عبارة "الدُّرر": ((لَزِمَ)) بلا ضميرٍ.....

الفاقدُ بِحُكْمِ الغصبِ المحرَّم، فأين هو من بَيْعِ العَيْنَةِ الصَّحِيحِ المختلفِ في كراهيته؟! اهـ.

[٢٥٦٩٣] (قوله: لأنه إما ضمان الخُسران) أي: نظراً إلى قوله: ((عليّ))، فإنها للوجوب فلا يحوزُ، كما إذا قال لرجلٍ: بايع في السوقِ فما خَسِرْتَ فعليّ، "درر" ^(١).

[٢٥٦٩٤] (قوله: أو توكيلٌ بمجهولٍ) أي: نظراً إلى الأمرِ به، فلا يحوزُ أيضاً؛ لجهالة نوع الثوبِ وثمنه، "درر" ^(١).

[٢٥٦٩٥] (قوله: كفَلَ عن رجلٍ) الأولى أن يقولَ: كفَلَ عن رجلٍ لرجلٍ؛ ليكون مرجعُ الضميرِ في ((له)) مذكوراً، وهو الرجلُ الثاني المكفولُ له وإن كان معلوماً من المقام.

[٢٥٦٩٦] (قوله: بما ذابَ له) أي: بما ثَبَتَ ووجِبَ بالقضاء.

[٢٥٦٩٧] (قوله: عبارة "الدُّرر": لَزِمَ بلا ضميرٍ) الذي رأيناهُ في "الدُّرر" ^(٢): ((لَزِمَهُ)) بالضميرِ، وكأنه سقطَ من نسخة "الشارح"، وهي أولى؛ لأنَّ ضميرَ ((له)) في المواضع الثلاثة للمكفولِ له، وضميرَ ((لَزِمَهُ)) للمكفولِ، ففيه تشبُّهٌ الضمائرِ مع إيهامِ عودِهِ للمكفولِ أيضاً

٢٧٩/٤

(قوله: فلا يحوزُ أيضاً؛ لجهالة نوع الثوبِ وثمنه) قلنا: فلو كان زيدٌ مديوناً بعشرةٍ وكفَلَ بها خالدٌ، فأمرَ زيدٌ خالداً بأن يشتري ثوباً معيناً ليكرِ خمسة عشرَ ديناراً، ثم يبيعه على غيره ولو بعشرةٍ ويقضي الدينَ عنه، فهذه الصورة انتفت فيها جهالة المبيع وقدر الثمن واشتملت على التفويض في بيعه، فهل ما خَسِرَ خالدٌ يكون مضموناً على زيدٍ أم لا؟ وظاهر عباراتهم يقتضي انصرافها إلى زيدٍ؛ لصحة التوكيلِ بانتفاء الجهالة. اهـ "سندي".

(قوله: ففيه تشبُّهٌ الضمائرِ مع إيهامِ عودِهِ للمكفولِ أيضاً إلخ) هو حاصلٌ في قوله: ((قُضِيَ له عليه))، والإيهامُ مُندفعٌ بقوله: ((له))، وحقُّه أن يقولَ: مع إيهامِ عودِهِ للمكفولِ له، تأمَّل. ولا بدَّ من تقديرِهِ حتَّى يُعْلَمَ المكفولُ عنه، فلا يصحُّ حينئذٍ جعله قاصراً غيرَ محتاجٍ إلى مفعولٍ، ولم يُوجدْ من "الشارح" نبيّة على أنَّ الأولى إسقاطُهُ، بل غاية ما ذَكَرَهُ أنَّ عبارة "الدُّرر" بلا ضميرٍ، وهذا غيرُ دالٍّ عليه، وعلى تقديرِ دلالته عليه وأنَّ الأولى إسقاطُ الضميرِ تكونُ الكفالة حينئذٍ غيرَ صحيحة؛ لعدم بيانِ المكفولِ عنه.

(١) "الدرر والغرر": كتاب الكفالة ٣٠٤/٢.

(٢) "الدرر والغرر": كتاب الكفالة ٣٠٤/٢، وما فيها موافق للنسخة ابن عابدين رحمه الله.

وفي "الهداية"^(١): ((وهذا ماضٍ أريد به المستقبلُ كقوله: أَطَالَ اللهُ بقاءَكَ)) (فغاب الأصيل، فبرهنَ المدَّعي على الكفيل أنَّ له على الأصيل كذا لم يُقبل) بُرهانُهُ حتَّى يحضُرَ الغائبُ فيُقضَى عليه فيلزِمُهُ تبعاً للأصيل.

كبقية الضمائر المذكورة، ولا حاجة إلى تقديره ولا إلى التصريح به؛ لأنَّ ((لَزِمَ)) بمعنى ثَبَتَ، فهو قاصرٌ في المعنى لا يحتاجُ إلى مفعولٍ والمعنى: بما ثَبَتَ له عليه، فلمَّا كان الأولى إسقاطُهُ تَبَّه "الشارح" عليه، فافهم.

[٢٥٦٩٨] (قوله: أريد به المستقبل) لأنَّه معلقٌ عليه، فإنَّ المعنى: إنَّ وَجَبَ لك عليه شيءٌ في المستقبلِ فأنا كفيلٌ به، حتَّى لو كان له عليه مالٌ ثابتٌ قبلَ الكفالةِ لم يكنْ مكفولاً به كما يُعلَمُ ممَّا يأتي^(٢).

[٢٥٦٩٩] (قوله: لم يُقبل بُرهانُهُ) لأنَّه إنَّما كفَّلَ عنه بمالٍ مَقْضِيٍّ بعدَ الكفالةِ؛ لأنَّه جعلَ الذَّوْبَ شرطاً، والشرطُ لا بدَّ مِنْ كونهِ مُستقبلاً على حَظَرِ الوجودِ، فما لم يُوجدِ الذَّوْبُ بعدَ الكفالةِ لا يكونُ كفيلاً، والبيَّنةُ لم تشهدْ بقضاءِ ذَيْنِ وَجَبَ بعدَ الكفالةِ، فلم تَقُمْ على مَنْ اتَّصَفَ بكونِهِ كفيلاً عن الغائبِ، بل على أجنبيٍّ، وهذا في لفظِ القضاءِ ظاهرٌ، وكذا في ((ذاب))؛ لأنَّ معناه: تَقَرَّرَ وَوَجَبَ، وهو بالقضاءِ بعدَ الكفالةِ، حتَّى لو ادَّعى: أَنِّي قَدَّمْتُ الغائبَ إلى قاضي كذا، وأَقَمْتُ عليه بيَّنةً بكذا بعدَ الكفالةِ وقَضَى بي عليه بذلك، وأقامَ البيَّنةَ على ذلك صارَ كفيلاً وصَحَّتِ الدَّعوى وقَضَى على الكفيلِ بالمالِ؛ لصيرورتهِ خصماً عن [١/١٨٣/٣] الغائبِ، سواءَ كانتِ الكفالةُ بأمرِهِ أوْ لا، إلَّا أنَّه إذا كانتِ بغيرِ أمرِهِ يكونُ القضاءُ على الكفيلِ خاصَّةً، كذا في "الفتح"^(٣).

(١) في "ط": ((الهدية))، وهو خطأ، وانظر "الهداية": كتاب الكفالة ٩٤/٣، وعبارتها: ((المستأنف)) بدل ((المستقبل)).

(٢) المقولة [٢٥٧١٩] قوله: ((لأنَّ المقرَّ له يُنكِزُ الأجل)).

(٣) "الفتح": كتاب الكفالة ٣٢٤/٦ - ٣٢٥.

وقوله: ((حتى لو ادعى إلخ)) هو معنى ما في "الفصول العمدية": ((ادعى على رجل أنه كفل عن فلان بما يذوب له عليه، فأقر المدعى عليه بالكفالة وأنكر الحق، وأقام المدعى بيّنة أنه ذاب له على فلان كذا، فإنه يقضي به في حق الكفيل الحاضر وفي حق الغائب جميعاً، حتى لو حضر الغائب وأنكر لا يلتفت إلى إنكاره)) اهـ. فإن قوله: ((وأقام المدعى بيّنة أنه ذاب له على فلان كذا))، معناه أنه وجب له عليه بالقضاء بعد الكفالة، أي: أن القاضي قضى له عليه بذلك، فحيث برهن على أن الأصل الغائب محكوم عليه بذلك ثبت شرط الكفالة فصار الكفيل خصماً، فثبت عليه المال قضاءً وعلى الغائب ضمناً، بخلاف ما في "المتن"، فإن المدعى برهن على أن له على الأصيل كذا، لا على أنه كان حكيم له على الأصيل بكذا، فلو قبلت هذه البيّنة يكون قضاءً على الغائب قضاءً؛ لأن الكفيل لم يصير خصماً؛ لأنه لم يثبت شرط كفالته، فالفرق بين المسألتين جلي واضح وإن خفي على صاحب "النهر"^(١) وغيره، والعجب من قول "البحر"^(٢): ((إن حزمهم هنا بعدم القبول ينبغي أن يكون عسى الرواية الضعيفة، أما على أظهر الروايتين المفتى به من نفاذ القضاء على الغائب فينبغي النفاذ)) اهـ. فإن المفتى به نفاذ القضاء على الغائب من حاكم يراه كشافعي، حتى لو رفع حكمه إلى الخنفي نقده، كما حرره صاحب "البحر"^(٣) نفسه في كتاب القضاء، وكلامهم هنا في الحاكم الخنفي، فإن حكمه لا ينفذ لما علمته من عدم الخصم.

(قوله: وقوله: حتى لو ادعى إلخ هو معنى ما في "الفصول العمدية": ادعى على رجل إلخ) إلا أنه لا بد من حمل ما في "الفصول" على ما إذا كانت الكفالة بالأمر حتى يتأتى القول بأن القضاء على الغائب أيضاً. ثم رأيت في "الفتح" ما يفيد، حيث قال: ((لو ادعى أنني قدّمت الغائب إلى قاضي كذا، وأقمت عليه البيّنة بكذا بعد الكفالة، وقضى عليه لي بذلك، وأقام بيّنة على ذلك صار كفيلاً وصحت الدعوى وقضى عسى الكفيل بالمال سواء كانت بأمره أو بغير أمره، إلا أنه إذا كانت بغيره كان القضاء على الكفيل خاصة)).

(١) انظر "النهر": كتاب الكفالة ق ٤٢١/ب.

(٢) "البحر": كتاب الكفالة - فصل: قوله: ولو أعطى إلخ ٢٥٧/٦.

(٣) "البحر": باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ١٧/٧.

((وإن برهن أن له على زيد الغائب كذا) من المال (وهو) أي: الحاضر (كفيل قضي) بالمال (على الكفيل) فقط، (ولو زاد: بأمره قضي عليهما) فللكفيل الرجوع؛ لأن المكفول به هنا مالٌ مطلق فأمكن إثباته، بخلاف ما تقدم،.....

[٢٥٧٠٠] (قوله: وإن برهن إلخ) هذه مسألة مبتدأة غير داخلة تحت قوله: ((كفل بما ذاب إلخ)) كما نبّه عليه "صدر الشريعة"^(١) و"ابن الكمال" وغيرهما؛ لأن الكفالة هنا بمالٍ مطلق كما يأتي^(٢).

[٢٥٧٠١] (قوله: وهو كفيل) أي: بذلك المال.

[٢٥٧٠٢] (قوله: فللكفيل الرجوع) أي: فإذا قضي عليهما - أي: على الكفيل الحاضر وعلى الأصل الغائب - ثبت للكفيل بالأمر الرجوع على الغائب بلا إعادة بينة عليه إذا حضر؛ لأنه صار مقضياً عليه ضمناً.

[٢٥٧٠٣] (قوله: لأن المكفول به هنا) أي: في قوله: ((وإن برهن إلخ)). ((مالٌ مطلق)) أي: غير مُقيّد بكونه ثابتاً بعد الكفالة، بخلاف ما تقدم^(٣) في قوله: ((كفل بما ذاب إلخ))؛ لأن الكفالة فيه بمالٍ موصوفٍ بكونه مقضياً به بعد الكفالة، فما لم تثبت تلك الصفة لا يكون كفلاً، فلا يكون خصماً كما في "شرح الجامع"^(٤) لـ "قاضي خان"، وهذا تعليلٌ لأصل القضاء على الكفيل، وأما كون القضاء يتعدى إلى الأصل لو الكفالة بأمره ولا يتعدى لو بدون أمر^(٥) فوجهه كما في "النهر"^(٦): ((أن الكفالة بلا أمر إنما تقيّد بقيام الدين في زعم الكفيل فلا يتعدى زعمه إلى غيره، أما بالأمر الثابت فيتضمن إقرار المطلوب بالمال؛ إذ لا يأمر غيره بقضاء ما عليه إلا وهو معترف به،

(١) "شرح الوقاية": كتاب الكفالة - فصل: أعطى المطلوب الكفيل قبل أن يعطى إلخ ٥٦/٢ (هامش "كشف الحقائق").

(٢) في هذه الصحيفة "در".

(٣) ص ١٦٤ - "در".

(٤) "شرح الجامع الصغير": كتاب الكفالة - باب الكفالة بالمال ٨٥/٢ ب.

(٥) في "م": ((أمره)).

(٦) "النهر": كتاب الكفالة ق ٤٢٢/أ.

وهذه حيلةٌ لإثباتِ الدينِ على الغائبِ. ولو خافَ الطَّالِبُ موتَ الشَّاهدِ يَتَوَاضَعُ مع رجلٍ ويدَّعي عليه مثلَ هذه الكفالةِ، فيُقَرُّ الرَّجُلُ بالكفالةِ ويُنكَرُ الدِّينَ، فيُبرهنُ المُدَّعي على الدِّينِ فيُقَضَى به على الكفيلِ والأصيلِ، ثم يبرأ الكفيلُ فيبقى المَالُ على الغائبِ،

فلذا صار مَقْضِيًّا عليه))، ثُمَّ قَالَ فِي "النَّهْرِ"^(١): ((وَفِي "الْجَامِعِ الْكَبِيرِ"^(٢)) جَعَلَ الْمَسْأَلَةَ مَرْبُوعَةً؛ إِذِ الْكِفَالَةُ إِمَّا مُطْلَقَةٌ كَكَفَلْتُ بِمَا لَكَ عَلَى فُلَانٍ، أَوْ مَقْيَدَةٌ بِأَلْفٍ دِرْهَمٍ، وَكُلُّهُمَا بِالْأَمْرِ أَوْ بِدَوْنِهِ، وَقَدْ عَلِمْتُ أَنَّ الْمَقْيَدَةَ إِذَا كَانَتْ بِالْأَمْرِ كَانَ الْقَضَاءُ بِهَا عَلَيْهِمَا وَإِلَّا فَعَلَى الْكَفِيلِ فَقَطْ، وَأَمَّا الْمَطْلُوقَةُ فَإِنَّ الْقَضَاءُ بِهَا عَلَيْهِمَا، سَوَاءٌ كَانَتْ بِالْأَمْرِ أَوْ لَا؛ لِأَنَّ الطَّالِبَ لَا يَتَوَصَّلُ لِإِثْبَاتِ حَقِّهِ عَلَى الْكَفِيلِ إِلَّا بَعْدَ إِثْبَاتِهِ عَلَى الْأَصِيلِ؛ وَهَذَا لِأَنَّ الْمَذْهَبَ أَنَّ الْقَضَاءَ عَلَى الْغَائِبِ لَا يَجُوزُ)) اهـ. وَتَمَامُهُ فِي "الْفَتْحِ"^(٣).

[٢٥٧:٤] (قَوْلُهُ: وَهَذِهِ حِيلَةٌ إِيخ) ذَكَرَ فِي "الْبَحْرِ"^(٤) الْأَوْجُهُ الْأَرْبَعَةَ الْمَذْكُورَةَ أَنْفَاءً^(٥) عَنْ "الْجَامِعِ"، ثُمَّ ذَكَرَ^(٦): ((أَنَّ الْمَطْلُوقَةَ هِيَ الْحِيلَةُ فِي الْقَضَاءِ عَلَى الْغَائِبِ، وَأَنَّ الْمَقْيَدَةَ لَا تَصْلُحُ لِلْحِيلَةِ؛ لِأَنَّ شَرْطَ التَّعْدِي عَلَى الْغَائِبِ كَوْنُهَا بِأَمْرٍ)) [١٨١/٣ب] اهـ.

(قَوْلُهُ: ثُمَّ ذَكَرَ أَنَّ الْمَطْلُوقَةَ هِيَ الْحِيلَةُ فِي الْقَضَاءِ عَلَى الْغَائِبِ، وَأَنَّ الْمَقْيَدَةَ لَا تَصْلُحُ إِيخ) قَالَ فِي "حَاشِيَةِ الْبَحْرِ": ((فِي الْحَصْرِ نَظَرٌ، بَلِ الْمَقْيَدَةُ بِعَدَارٍ بِالْأَمْرِ كَذَلِكَ كَمَا عَلِمْتُ. نَعَمْ يَظْهَرُ التَّخْصِصُ بِالْمَطْلُوقَةِ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ شُهُودٌ عَلَى كَوْنِ الْكِفَالَةِ بِالْأَمْرِ، أَمَّا إِذَا كَانَ لَهُ شُهُودٌ عَلَيْهَا وَتَبَيَّنَ ذَلِكَ عَلَى الْكَفِيلِ يَثْبُتُ عَلَى الْأَصِيلِ وَلَوْ كَانَتْ مَقْيَدَةً، وَكَأَنَّهُ حَصَّ الْمَطْلُوقَةَ لِأَنَّ الْكَلَامَ فِي حِيلَةِ الْإِثْبَاتِ عَلَى الْغَائِبِ بِالْمَوَاضِعِ^(٧)، وَذَلِكَ حَيْثُ لَا بَيِّنَةٌ)) اهـ.

(١) "النهر": كتاب الكفالة ق ٤٢٢/أ.

(٢) "الجامع الكبير": كتاب الضمان - باب الرجل يقول للرجل: ما بايعت فلاناً إلخ ص ١٩٨-.

(٣) انظر "الفتح": كتاب الكفالة ٣٢٧/٦.

(٤) "البحر": كتاب الكفالة - فصل: قوله: ولو أعطى إلخ ٢٥٨/٦.

(٥) أي: في المقولة السابقة.

(٦) "البحر": كتاب الكفالة - فصل: قوله: ولو أعطى إلخ ٢٥٨/٦.

(٧) في حاشية "منحة الخالق على البحر الرائق": ((بالموافقة)).

قلت: وطريق جعلها حيلة هو ^(١) المواضع الآتية ^(٢) بشرط أن يكون له بينة على الدين الذي له على الغائب، وهذا ظاهر في المطلقة عن التقييد بمقدار من المال، سواء كانت الكفالة بالأمر أو لا، فيتعدى فيها الحكم إلى الغائب؛ لأن الكفيل إذا أقر بالكفالة وأنكر الدين على الأصيل، فبرهن المدعي على الدين وقدره لإلزام الكفيل به لا يمكن إثباته إلا بعد إثباته على الأصيل، فيثبت عليها؛ لأن المذهب عندنا كما في "الفتح" ^(٣): ((أن القضاء على الغائب لا يجوز إلا إذا ادعى على الحاضر حقاً لا يتوصل إليه إلا بإثباته على الغائب))، فإذا ثبت عليها ثم أبرأ المدعي الكفيل يبقى المال ثابتاً على الغائب، وأما الكفالة المقيّدة بألفٍ مثلاً فلا يتعدى الحكم فيها إلى الغائب إلا إذا كانت بأمره كما مر ^(٤) تقريره، وإنما لم تصلح للحيلة مع تعدي الحكم فيها لأنه يحتاج إلى إثبات كون الكفالة بالأمر، وليس له بينة على ذلك، ولا تحوز الحيلة بإقامة شهود الزور، وإقرار الكفيل بالدين يقتصر عليه ولا يتعدى إلى الغائب فضلاً عن إقراره بكون الكفالة بأمر الغائب. وبهذا التقرير يظهر لك أن الإشارة في قول "الشارح": ((وهذه)) لا مرجع لها؛ لأن المذكور في كلامه الكفالة المقيّدة، وهي بقسميها لا تصلح للحيلة، فافهم.

(قوله: وبهذا التقرير يظهر لك أن الإشارة في قول "الشارح": وهذه لا مرجع لها إلخ) لا شك أنه في المقيّدة المذكورة في كلام "المصنف" قد برهن على الأمر أيضاً، وبذلك تعدى الإثبات على الغائب فصح جعله حيلة، لكن إن كان الإثبات للأمر ببينة صادقة يكون المدعي وشهوده غير آثمين، وإلا أنموا ونفذ القضاء؛ لابتنائه على الشهادة، و"البحر" إنما نفى كون ذلك حيلة لعدم وجود بينة له على ذلك، فلو كان له بينة صلح أن يكون حيلة.

(١) في "الأصل": ((هي)).

(٢) ص ١٦٨ وما بعدها "در".

(٣) "الفتح": كتاب الكفالة ٣٢٧/٦.

(٤) في هذه المقالة.

وكذا الحوالة، وتأمُّه في "الفتح" و"البحر"^(١). (كفالتُّه بالدَّرَكِ)

[٢٥٧٠٥] (قوله: وكذا الحوالة) عبارة "الفتح"^(٢): ((وكذا الحوالة على هذه الوجوه)) اهـ. أي: أنها تكون مطلقاً ومقيّدة، وكلٌّ منهما بالأمر وبدونه فهي مُربّعة أيضاً، وبينه ما في "شرح المقدسي"^(٣) عن "التحرير" "شرح الجامع الكبير"^(٤): ((وكذا لو شهدوا على الحوالة المطلقة يكون قضاءً على الحاضر والغائب ادّعى الأمر أو لم يدّع، فإن شهدوا بالحوالة المقيّدة إن ادّعى الأمر يكون قضاءً على الحاضر والغائب فيرجع، وإن لم يدّع الأمر يكون قضاءً على الحاضر خاصة ولا يرجع))، وتأمُّه فيه. وبه ظهر أنَّ الإشارة بقوله: ((وكذا الحوالة)) راجعة إلى أصل المسألة لا إلى بيان جعلها حيلة؛ لأنَّ شرط صحّة الحوالة كون المال معلوماً كما سيأتي^(٥)، فلو قال له: إنَّ فلاناً أحالني عليك بألف درهم فأقر له بالحوالة بها كان مقرراً بالمال فيلزمه، ولا يمكن المدّعي إثباته على الغائب بالبيّنة، وهذه حوالة مطلقة؛ لأنها لم تُقيّد بنوع مخصوص كما سيأتي^(٦)، بيّانها في بابها إن شاء الله تعالى، هذا ما ظهر لي.

[٢٥٧٠٦] (قوله: كفالتُّه بالدَّرَكِ) هو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع كما مرّ، "نهر"^(٧).

(قوله: وبه ظهر أنَّ الإشارة بقوله: ((وكذا الحوالة)) راجعة إلى أصل المسألة (الخ) لا شكَّ أنَّ مراد "السّارح" الإشارة إلى بيان جعل الحوالة حيلة لإثبات الدّين على الغائب، ولا شكَّ في تأنيها في صورة الحوالة المطلقة والمقيّدة، وما يأتي من أنَّ شرط صحّتها كون المال معلوماً استنبطه في "البحر" من قول "البرازي": ((لا تصح الحوالة بما يذوب له على فلان))، فعَدِم الصّحّة قاصر على مثل هذا، لا في مثل قوله: أحلتك بمالي على فلان، فإنَّ الظاهر صحّة الحوالة، فإنّه لم يُوجَد في كلامهم ما يندلّ على عَدَم صحّة الحوالة فيه. نعم لو أقر المحال عليه بالحوالة في المقيّدة لا يتأتّى إثباته على الغائب، تأمل.

(١) انظر "البحر": كتاب الكفالة - فصل: قوله: ولو أعطى الخ ٢٥٨/٦.

(٢) "الفتح": كتاب الكفالة ٣٢٨/٦.

(٣) المسمى "أوضح رمز على نظم الكثر"، وتقدّمت ترجمته ٣٢١/١.

(٤) هو الشرح المطول لنبخاري الحميمي (ت ٦٣٦هـ) على "الجامع الكبير" للإمام محمد، وتقدّمت ترجمته ٥٧٧/٨.

(٥) المقولة [٢٥٨٤٣] قوله: ((المعلوم)).

(٦) المقولة [٢٥٨٩١] قوله: ((بخلاص الحوالة المطلقة)).

(٧) "النهر": كتاب الكفالة ق ٤٢٢/أ.

تسليم) منه (المبيع) ك: شفعة فلا دعوى له، (ك: كُتِبَ شهادته في صكِّ كُتِبَ فيه: باع ملكه، أو: باع بيعاً نافذاً باتاً) فإنه تسليم أيضاً، كما لو شهد بالبيع عند الحاكم قضى بها أو لا. (لا) يكون تسليمًا (كُتِبَ شهادته في صكِّ بيع^(١) مطلق) عما ذكر، (أو كُتِبَ شهادته على إقرار العاقدين)؛

[٢٥٧٠٧] (قوله: تسليم مبيع) أي: تصديق منه بأن المبيع ملك للبائع؛ لأنها إن كانت مشروطة في البيع^(٢) فتمامه بقول الكفيل، فكأنه هو الموجب له، وإن لم تكن مشروطة فالمراد بها إحكام البيع وترغيب المشتري فينزل منزلة الإقرار بالملك، فكأنه قال: اشتريها فإنها ملك البائع، فإن استحققت فأنا ضامن ثمنها، "نهر"^(٣).

[٢٥٧٠٨] (قوله: ك: شفعة) أي: لو كان الكفيل شفيعها فلا شفعة له، "بجر"^(٤)؛ لرضاء بشراء المشتري.

[٢٥٧٠٩] (قوله: فلا دعوى له) أي: فلا تسمع دعواه بالملك فيها، وبالشفعة، وبالإجارة، "بجر"^(٤).

[٢٥٧١٠] (قوله: كُتِبَ فيه) بالبناء للمجهول. وقوله: ((باع ملكه إلخ)) جملة قصيد بها لفظها، نائب الفاعل، وجملة ((كُتِبَ إلخ)) صفة لـ ((صك)).

[٢٥٧١١] (قوله: كما لو شهد بالبيع إلخ) لأن الشهادة به على إنسان إقرار منه بنفاذ البيع باتفاق الروايات، "نهر"^(٥) عن "الزيلي"^(٦).

[٢٥٧١٢] (قوله: مطلق عما ذكر) أي: عن قيد الملكية وكونه نافذاً باتاً، فتسمع دعواه الملك

(١) في "د" و"و": ((بيع)) بتكرار الباء.

(٢) في "الأصل": ((في المبيع)).

(٣) "النهر": كتاب الكفالة ٤٢٢/أ باختصار.

(٤) "البحر": كتاب الكفالة - فصل: قوله: ولو أعطى إلخ ٢٥٩/٦.

(٥) "النهر": كتاب الكفالة ٤٢٢/أ.

(٦) "تبيين الحقائق": كتاب الكفالة - فصل: ولو أعطى المطلوب الكفيل إلخ ١٦٥/٤.

لأنه مجرد إخبار، فلا تناقض،

بعده؛ إذ ليس فيه ما يدل على إقراره بالملك للبائع؛ لأن البيع قد يصدر من غير المالك، ولعله كتب شهادته ليحفظ الواقعة، بخلاف ما تقدم، فإنه مفيد بما ذكر، "درر" (١). أي: ليسعى بعد ذلك في تثبيت البينة، "فتح" (٢).

[٢٥٧١٣] (قوله: لأنه مجرد إخبار) ولو أخبر بأن فلاناً باع شيئاً كان له أن [١٨٢٣/٣] يدعيه، "درر" (٣). وقولهم هنا: إن الشهادة لا تكون إقراراً بالملك يدل بالأولى على أن السكوت زماناً لا يمنع الدعوى، "بحر" (٤). وفي حاشية السيّد "أبي السعود" (٥): ((لكن نقل شيخنا عن "فتاوى الشيخ الشلبي" (٦) أن حضوره مجلس البيع وسكوته بلا عذر مانع له من الدعوى بعد ذلك حسماً لباب التزوير)) اهـ.

قلت: سيأتي (٧) آخر الكتاب قبيل الوصايا إن شاء الله تعالى أن ذلك في القريب والزوجة، وكذا في الجار إذا سكّت بعد ذلك زماناً، وفي دعوى "الخيرية" (٨): ((أن علماءنا نصّوا في متونهم وشروحيهم وفتاويهم أن تصرف المشتري في المبيع مع اطلاع الخصم ولو كان أجنبياً بنحو البناء، أو الغراس، أو الزرع، يمنعه من سماع الدعوى)).

(قوله: لكن نقل شيخنا عن "فتاوى الشيخ الشلبي" أن حضوره مجلس البيع وسكوته بلا عذر مانع له من الدعوى إلخ) فعلى هذا يفيد كلام "المصنف" و"البحر" بالأجنبي فقط، وإذا كان قريباً أو زوجة يكون مجرد حضوره مانعاً من دعواه، فكتابه بالأولى، تأمل.

(١) "الدرر والغرر": كتاب الكفالة ٣٠٥/٢ بتصرف.

(٢) "الفتح": كتاب الكفالة ٣٢٨/٦.

(٣) "الدرر والغرر": كتاب الكفالة ٣٠٥/٢.

(٤) "البحر": كتاب الكفالة - فصل: قوله: ولو أعطى إلخ ٢٥٩/٦.

(٥) "فتح العين": كتاب الكفالة ١٦/٣.

(٦) تقدمت ترجمته ٤٦٨/١.

(٧) لم نثر على المسألة قبيل كتاب الوصايا وصوابه قبيل كتاب الفرائض - مسائل شتى. انظر المقالة [٣٦٩٨١] قوله:

((بائع عقاراً إلخ)) وما بعدها.

(٨) "الفتاوى الخيرية": كتاب الدعوى ٤٨/٢.

ولم يذكر الحَتْمَ لأنه وَقَعَ اتِّفَاقًا باعتبارِ عاداتِهِمْ. (قال الكفيلُ: (صَمِتْتُه لكَ إلى شهرٍ، وقال الطَّالِبُ: هو (حالٌ فالقولُ للضَّامِنِ؛ لأنَّه يُنكِرُ المطالبةَ، (وعكسُهُ) أي: الحُكْمُ المذكورُ (في) قولِهِ: (لَكَ عليَّ مائةٌ إلى شهرٍ) مثلاً (إذا قال الآخرُ) وهو المقرُّ له: (حالةً)؛ لأنَّ المقرَّ له يُنكِرُ الأجلَ.

[٢٥٧١٤] (قوله: ولم يذكر الحَتْمَ إلخ) أي: كما قال في "الكنز"^(١): ((وشهادتهُ وختمُهُ))، قال في "الفتح"^(٢): ((الحَتْمُ أمرٌ كان في زمانِهِمْ إذا كَسَبَ اسمُهُ في الصَّلْوِ جعلَ اسمَهُ تحتَ رِصاصٍ مكتوباً ووضعَ نقشَ خاتَمِهِ كيلاً يطرفُهُ التَّبدِيلُ، وليس هذا في زمانِنَا)) اهـ. فالحُكْمُ لا يتفاوتُ بين أن يكونَ فيه حَتْمٌ أو لا، كذا في "العناية"^(٣). قال في "النَّهْر"^(٤): ((ولم أرَ ما لو تعارفوا رَسَمَ الشَّهادَةِ بالحَتْمِ فقط، والذي يَجِبُ أنْ يُعَوَّلَ عليه اعتبارُ المكتوبِ في الصَّلْكِ، فإنَّ كان فيه ما يُفيدُ الاعترافَ بالملكِ ثمَّ حُتِمَ كان اعترافاً به وإلاَّ لا)) اهـ.

[٢٥٧١٥] (قوله: إلى شهرٍ) أي: بعدَ شهرٍ، فلا مُطالبةَ لكَ عليَّ الآنَ.

[٢٥٧١٦] (قوله: هو) أي: الضَّمانُ.

[٢٥٧١٧] (قوله: فالقولُ للضَّامِنِ) أي: مع يَمِينِهِ في ظاهرِ الروايةِ، "ط"^(٥) عن "السَّلَبي"^(٦). واحترَزَ به عَمَّا رُوِيَ عن "الثَّاني" أنَّ القولَ للمقرِّ له.

[٢٥٧١٨] (قوله: لأنَّه يُنكِرُ المطالبةَ) أي: في الحالِّ.

[٢٥٧١٩] (قوله: لأنَّ المقرَّ له يُنكِرُ الأجلَ) فإنَّ المقرَّ بالدينِ أقرَّ بما هو سببُ المطالبةِ في الحالِّ؛ إذ الظَّاهرُ أنَّ الدينَ كذلك؛ لأنَّه إنَّما يَبْثُتُ بدلاً عن قَرْضٍ، أو إتلافٍ، أو بَيْعٍ ونحوِهِ.

٢٨١/٤

(١) انظر "شرح العيني على الكنز": كتاب الكفالة - فصل في مسائل متفرقة من جنس هذا الباب ٧٧/٢.

(٢) "الفتح": كتاب الكفالة ٣٢٨/٦ - ٣٢٩.

(٣) "العناية": كتاب الكفالة ٣٢٨/٦ (هامش "فتح القدير").

(٤) "النهر": كتاب الكفالة ٤٢٢/٤ ب.

(٥) "ط": كتاب الكفالة ١٦١/٣.

(٦) "حاشية السَّلَبي" على "البين": كتاب الكفالة - فصل: ولو أعطى المطلبوب الكفيل إلخ ١٦٦/٤، نقلاً عن

الكمال (هامش "تبين الحقائق").

والحيلة لمن عليه دينٌ مؤجلٌ وخافَ الكَذِبَ أو حُلُولَهُ بإقرارِهِ أن يقولَ: أهو حالٌ أو مؤجلٌ؟ فإن قال: حالٌ أنكرَهُ ولا حرجَ عليه، "زيلعي"^(١). (ولا يؤخذ^(٢)) ضامنُ الدَّرَكِ

والظاهرُ أنَّ العاقلَ لا يرضى بخروجِ مُستحقِّهِ في الحالِ إلَّا لبدلٍ في الحال، فكان الحُلُولُ الأصلُ، والأجلُ عارضٌ، فكان الدَّينُ المؤجلُ معروضاً لعارضٍ لا نوعاً، ثم ادَّعى لنفسِهِ حقاً وهو تأخيرُها والآخرُ يُنكرُهُ، وفي الكفالة ما أقرَّ بالدَّينِ على ما هو الأصحُّ، بل بحقِّ المطالبةِ بعدَ شهرٍ والمكفولُ له يدَّعيها في الحالِ والكفيلُ يُنكرُ ذلكَ فالقولُ له؛ وهذا لأنَّ التزامَ المطالبةِ يتنوَّعُ إلى التزامِها في الحالِ أو في المستقبلِ كالكفالةِ بما ذابَ أو بالدَّرَكِ، فإنما أقرَّ بنوعٍ منها فلا يُلزمُ بالنوعِ الآخرِ. اهـ "فتح"^(٣).

[٢٥٧٢٠] (قوله: وخافَ الكَذِبَ) أي: إن أنكرَ الدَّينَ.

[٢٥٧٢١] (قوله: أو حُلُولُهُ) أي: دعوى المُقرِّ له أنَّه حالٌ بسببِ إقرارِ المُقرِّ بالدَّينِ.

[٢٥٧٢٢] (قوله: أن يقولَ إلخ) أي: المُدَّعى عليه للمُدَّعي، وقيل: إذا قال: ليس لك عليَّ حقٌّ فلا بأسَ به إذا لم يردِّ إتياءَ حقِّهِ، "زيلعي"^(٤). ولم يذكر أمرَ حَلْفِهِ لو استَحْلَفَ، والظاهرُ أنَّ له ذلك؛ إذ مجردُ إنكارِهِ ممَّا لا أثرَ له، "نهر"^(٥)، أي: أنَّ قوله: لا بأسَ به - أي: بإنكارِهِ المذكورِ - لا أثرَ له؛ لأنَّ الخصمَ يطلبُ تحليفَهُ ويُكذِّبُهُ في الإنكارِ، فالإذنُّ له بالإنكارِ إذنٌ بالحلِفِ، ولا يخفى أنَّ ((ليس)) للنفي في الحالِ إلَّا لقرينةٍ على خلافِهِ، فإذا حلَفَ وقال: ليس لك عليَّ حقٌّ - أي: في الحالِ - فهو صادقٌ، فافهم.

(قوله: فإذا حلَفَ وقال: ليس لك عليَّ حقٌّ - أي: في الحالِ - فهو صادقٌ) كيف يكونُ صادقاً مع أنَّ عليه حقاً ودمته مشغولةٌ به في الحالِ؟! ولذا لو حلَفَ أنه ليس عليه دينٌ يحسُّ وإن كان لا يطالبُ به الآنَ للتأجيلِ، فلا بدَّ من توجيهِ اليمينِ بأنَّه لم يكنْ عليه دينٌ يطالبُ به في الحالِ أو نحو ذلك.

(١) "تبين الحقائق": كتاب الكفالة - فصل: ولو أعطى المطلوب الكفيل إلخ ١٦٦/٤ بتصرف.

(٢) في "و": ((ولا يؤخذ)).

(٣) "الفتح": كتاب الكفالة - فصل في الضمان ٣٣٤/٦ - ٣٣٥.

(٤) "تبين الحقائق": كتاب الكفالة - فصل: ولو أعطى المطلوب الكفيل إلخ ١٦٦/٤ بتصرف.

(٥) "النهر": كتاب الكفالة ٤٢٢/ب.

إِذَا اسْتَحَقَّ الْمِيعُ قَبْلَ الْقَضَاءِ عَلَى الْبَائِعِ بِالثَّمَنِ؛ إِذْ مَحْجَرُ الْإِسْتِحْقَاقِ لَا يَنْتَقِضُ الْبَيْعُ عَلَى الظَّاهِرِ كَمَا مَرَّ. (وَصَحَّ ضِمَانُ الْخَرَجِ) أَي: الْمَوْظَفِ فِي كُلِّ سَنَةٍ، وَهُوَ مَا يَجِبُ عَلَيْهِ فِي الذِّمَّةِ بِقَرِينَةِ قَوْلِهِ: (وَالرَّهْنُ بِهِ) إِذِ الرَّهْنُ خَرَجُ الْمَقَاسِمَةِ بَاطِلٌ، "نَهْر"^(١)،

[٢٥٧٢٣] (قَوْلُهُ: إِذَا اسْتَحَقَّ الْمِيعُ قَبْلَ الْقَضَاءِ عَلَى الْبَائِعِ) الظَّرْفُ مُتَعَلِّقٌ بِقَوْلِهِ: ((وَلَا يُؤْخَذُ))، وَأَرَادَ بِالْإِسْتِحْقَاقِ النَّاقِلَ، أَمَّا الْمَبْطُلُ كَدَعْوَى النَّسَبِ، وَدَعْوَى الْوَقْفِ فِي الْأَرْضِ الْمَشْتَرَاةِ، أَوْ أَنَّهَا كَانَتْ مَسْجِدًا يَرْجِعُ عَلَى الْكَفِيلِ وَإِنْ لَمْ يُقْضَ بِالثَّمَنِ عَلَى الْمَكْفُولِ عَنْهُ، وَلِكُلِّ الرُّجُوعِ عَلَى بَائِعِهِ وَإِنْ لَمْ يُرْجَعْ عَلَيْهِ بِخِلَافِ النَّاقِلِ، وَمَرَّ^(٢) تَمَامُ أَحْكَامِهِ فِي بَابِهِ. قَيَّدَ بِالْإِسْتِحْقَاقِ لِأَنَّهُ لَوْ انْفَسَخَ بَخْيَارِ رُؤْيَةٍ، أَوْ شَرْطٍ، أَوْ عَيْبٍ لَمْ يُؤَاخَذِ الْكَفِيلُ بِهِ وَبِالثَّمَنِ؛ لِأَنَّهُ لَوْ بَنَى فِي الْأَرْضِ لَا يَرْجِعُ عَلَى الْكَفِيلِ بِقِيَمَةِ الْبِنَاءِ، وَكَذَا لَوْ كَانَ الْمِيعُ أَمَةً اسْتَوْلَدَهَا الْمَشْتَرِي، وَأَخَذَ مِنَ الْمَشْتَرِي مَعَ الثَّمَنِ قِيَمَةَ الْوَلَدِ وَالْعَقْرِ لَمْ يَرْجِعْ عَلَى الْكَفِيلِ إِلَّا بِالثَّمَنِ، كَذَا فِي "السَّرَاجِ"، "نَهْر"^(٣).

[٢٥٧٢٤] (قَوْلُهُ: لَا يَنْتَقِضُ الْبَيْعُ) وَلِهَذَا لَوْ أَجَازَ الْمُسْتَحَقُّ [ب/١٨٢/٣] الْبَيْعَ قَبْلَ الْفَسْخِ حَازَ وَلَوْ بَعْدَ قَبْضِهِ، وَهُوَ الصَّحِيحُ، فَمَا لَمْ يُقْضَ بِالثَّمَنِ عَلَى الْبَائِعِ لَا يَجِبُ رَدُّ الثَّمَنِ عَلَى الْأَصِيلِ، فَلَا يَجِبُ عَلَى الْكَفِيلِ. وَقَوْلُهُ: ((كَمَا مَرَّ)) أَي: فِي بَابِ الْإِسْتِحْقَاقِ، وَانْظُرْ مَا كَتَبْنَاهُ هُنَاكَ^(٤).

[٢٥٧٢٥] (قَوْلُهُ: أَي: الْمَوْظَفِ فِي كُلِّ سَنَةٍ) لِأَنَّهُ ذِنٌّ لَهُ مُطَالِبٌ مِنْ جِهَةِ الْعِبَادِ فَصَارَ كَسَائِرِ الدُّيُونِ، وَتَمَامُهُ فِي "الرَّيْلَعِيِّ"^(٥). وَهَذَا التَّعْلِيلُ اعْتَمَدُوهُ جَمِيعًا فَيَدُلُّ عَلَى اخْتِصَاصِ الْخَرَجِ الْمَضْمُونِ

(قَوْلُهُ: وَأَخَذَ مِنَ الْمَشْتَرِي مَعَ الثَّمَنِ قِيَمَةَ الْوَلَدِ إلخ) حَقُّهُ أَنْ يَقُولَ: وَأَخَذَهَا مَعَ قِيَمَةِ الْوَلَدِ وَالْعَقْرِ مِنَ الْمَشْتَرِي لَمْ يَلِخْ، عَلَى مَا هُوَ مَعْلُومٌ مِنْ بَابِ الْإِسْتِحْقَاقِ.

(١) "النهر": كتاب الكفالة ق ٤٢٢/ب.

(٢) المقولة [٢٤٥٣٦] قوله: ((ما لم يُقْضَ عَلَى الْمَكْفُولِ عَنْهُ)).

(٣) "النهر": كتاب الكفالة ق ٤٢٣/أ باختصار.

(٤) المقولة [٢٤٥٣٦] قوله: ((ما لم يُقْضَ عَلَى الْمَكْفُولِ عَنْهُ)).

(٥) انظر "تبيين الحقائق": كتاب الكفالة - فصل: ولو أعطى المطلوب الكفيل إلخ ١٦٥/٤.

على خلاف ما أطلقه في "البحر"، وتجويزُ "الرَّيْلَعِي"^(١) الرَّهْنُ في كُلِّ مَا تَجُوزُ به الكفالةُ بجماعِ التَّوَقُّقِ منقوضٌ بالدَّرَكِ؛ لجوازِ الكفالةِ به دونَ الرَّهْنِ، (وكذا النَّوَائِبُ) ولو بغيرِ حَقٍّ كجَبَايَا زَمَانِنَا، فَإِنَّهَا في المِطَالِبَةِ كَالدُّيُونِ بل فوقها،

بالموظَّف، أَمَّا خَرَا جُ الْمُقَاسِمَةِ فجزءٌ من الخَارِجِ، وهو عَيْنٌ غَيْرُ مضمونٍ، حتَّى لو هَلَكَ لَا يُؤْخَذُ بشيءٍ، والكفالةُ بأعيانٍ لَا تَجُوزُ، "ط"^(٢).

[٢٥٧٢٦] (قوله: على خلاف ما أطلقه في "البحر") فإنه قال^(٣): ((وأطلقه فشمل الخراج الموظَّف وخراج المقاسمة، وخصَّصَهُ بعضُهُم بالموظَّف إلخ))، ووجه الاعتراض على "البحر" حيثُ حَمَلَ كلامَ "الكنز" على الإطلاقِ مع وجودِ القرينةِ المذكورةِ على التَّقييدِ بالموظَّف فكان الأولى التَّقييدَ، فافهم. وكذا التعليلُ المارُّ^(٤) يدلُّ عليه، ولذا قال في "الفتح"^(٥): ((وقد قُيِّدَتِ الكفالةُ بما إذا كان خراجاً موظَّفاً، لا خراجَ مُقَاسِمَةٍ، فإنه غيرُ واجبٍ في الدِّمَّةِ)). [٢٥٧٢٧] (قوله: منقوض) النَّقْضُ لصاحبِ "البحر"^(٦).

[٢٥٧٢٨] (قوله: وكذا النَّوَائِبُ) جمعُ نَائِبَةٍ، وفي "الصَّحاح"^(٧): ((النَّائِبَةُ: المِصْبِيَّةُ، واحدةٌ نَوَائِبٍ الدَّهْرِ^(٨))). اهـ. وفي اصطلاحهم: ما يأتي^(٩)، قال في "الفتح"^(١٠): ((قيل: أرادَ بها ما يكونُ بِحَقِّ كَأَجْرَةِ الحُرَّاسِ، وَكَرِّيِ النَّهْرِ المُشْتَرَكِ، والمَالِ المُوظَّفِ لِتَجهِيزِ الجِيشِ وفِداءِ الأسرى

(١) "تبيين الحقائق": كتاب الكفالة - فصل: ولو أعطى المطلوب الكفيل إلخ ١٦٥/٤.

(٢) "ط": كتاب الكفالة ١٦٢/٣ بتصرف.

(٣) "البحر": كتاب الكفالة - فصل: قوله: ولو أعطى إلخ ٢٥٩/٦.

(٤) في المقالة السابقة.

(٥) "الفتح": كتاب الكفالة - فصل في الضمان ٣٣٢/٦ باختصار.

(٦) "البحر": كتاب الكفالة - فصل: قوله: ولو أعطى إلخ ٢٥٩/٦.

(٧) "الصَّحاح": مادة ((نوب)).

(٨) في "الأصل": ((الدهر)) بدل ((الدهر))، وهو تحريف.

(٩) في هذه المقالة.

(١٠) "الفتح": كتاب الكفالة - فصل في الضمان ٣٣٢/٦ بتصرف.

حَتَّى لَوْ أُحِذَّتْ مِنَ الْأَكَّارِ فَلَهُ الرَّجُوعُ عَلَى مَالِكِ الْأَرْضِ،

- إذا لم يكن في بيت المال شيء - وغيرها^(١) - مما هو بحق الكفالة به جائزة بالاتفاق؛ لأنها واجبة على كل مسلم مؤسير بإيجاب طاعة ولي الأمر فيما فيه مصلحة المسلمين ولم يلزم بيت المال، أو لزمه ولا شيء فيه،

[مطلب: هل تصح الكفالة بالجبايات الموظفة على الناس بغير حق؟]

وإن أُريدَ بها ما ليس بحق كالجبايات الموظفة على الناس في زماننا ببلاد فارس على الحيايط والصباغ وغيرهم للسلطان في كل يوم أو شهر فإنها ظلم، فاختلَفَ المشايخ في صحة الكفالة بها، فقيل: تصح؛ إذ العبرة في صحة الكفالة وجود المطالبة بما بحق أو باطل، ولهذا قلنا: إن من تولَّى قسمتها بين المسلمين فعدَّلَ فهو مأجور، وينبغي أن من قال: الكفالة ضم في الدين يمنعها هنا، ومن قال في المطالبة يمكن أن يقول بصحتها أو بمنعها بناءً على أنها في المطالبة بالدين أو مطلقاً) اهـ. أي: فإن قال: بالدين منعها، وإن قال: مطلقاً - أي: بالدين وغيره - أجازها^(٢).

[٢٥٧٢٩] (قوله: حتى لو أُحِذَّتْ إلخ) تأييد للقول بجواز الكفالة بها، فإنها إذا أُحِذَّتْ مِنَ الْأَكَّارِ وجاز له الرجوع بها بلا كفالة فمع الكفالة بالأولى، لكن في "البرازية"^(٣): ((لا يرجع الأكَّار في ظاهر الرواية، وقال "الفقيه": يرجع، وإن أخذ من الجار لا يرجع))، وزاد في "جامع الفصولين"^(٤): ((أن أحد الشرعيين لو أذى الخراج يكون مُتَبَرِّعاً))، نعم في آخر إشارات "القنية"^(٥) برمز "ظهير الدين المرغيناني" وغيره: ((المستأجر إذا أخذ منه الجباية الراتبية على السور والخوانسار يرجع على الآجر، وكذا الأكَّار في الأرض، وعليه الفتوى)) اهـ.

(١) في النسخ جميعها: ((وغيرها))، وما أئتمناه من "الفتح" هو الأوفق بالسياق.

(٢) في "٣": ((أجازتها))، وهو تحريف.

(٣) "البرازية": كتاب الكالة - الفصل الثالث فيها بقبض الدين - نوع في المأمور بدفع المال إلخ ٤٧٢/٥ بتصرف (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) "جامع الفصولين": الفصل الرابع والثلاثون في الإحكامات ١٦٣/٢.

(٥) "القنية": كتاب الإجازات - باب مسائل متفرقة ق ١٢٧/ب، نقلاً عن "ظهير الدين المرغيناني" ونجم الأئمة "الحكيمي".

وعليه الفتوى، "صدر الشريعة"^(١)، وأقره "المصنف"^(٢) و"ابن الكمال"،

[٢٥٧٣٠] (قوله: وعليه الفتوى) راجع لقوله: ((ولو بغير حق))، وكذا لمسألة الأكار كما عُلِمَتْ. وفي "البحر"^(٣): ((وظاهر كلامهم ترجيح الصحة - أي: في كفالة النواصب - بغير حق، ولذا قال في "إيضاح الإصلاح": والفتوى على الصحة، وفي "الخاتمة"^(٤): الصحيح الصحة، ويرجع على المكفول عنه إن كان بأمره)) اهـ. وعليه مشى في "الاختيار"^(٥) و"المختار"^(٦) و"المتقى"^(٦). نعم صحح صاحب "الخاتمة" في شرحه على "الجامع الصغير"^(٧) عدم الصحة، وكذلك أتى في "الخيرية"^(٨) بعدم الصحة مستنداً لما في "البرازية"^(٩) و"الخلاصة"^(١٠): ((من أنه قول عامة المشايخ))، ولما في "العمادية": ((من أن الأسير لو قال لغيره: خلصني، فدفع المأمور مالا وخلصه قال "السرخسي"^(١١): يرجع، وقال صاحب "المحيط": لا، وهو الأصح، وعليه الفتوى))، قال^(١٢): ((فهذا يدفع ما في "الإصلاح" وما في "الخاتمة"، والعلة فيه أن الظلم يجب إعدامه ويحرم تقريره، وفي القول بصحته تقريره)) اهـ ملخصاً. ٢/١٨٣ق/٣٧

(١) "شرح الوقاية": كتاب الكفالة - فصل: أعطى المطلوب الكفيل قبل أن يعطى إلخ ٥٧/٢ بصرف (هامش "كشف الحقائق").

(٢) "المنح": كتاب الكفالة ٢/٥٠ ب.

(٣) "البحر": كتاب الكفالة - فصل: قوله: ولو أعطى إلخ ٢٦٠/٦ - ٢٦١ باختصار.

(٤) "الخاتمة": كتاب الكفالة والحوالة - فصل في الكفالة بالمال ٦٢/٣ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٥) "الاختيار لتعليق المختار": كتاب الكفالة ١٧٢/٢.

(٦) "متقى الأبحر": كتاب الكفالة - فصل: ولو دفع الأصل ٦٣/٢.

(٧) "شرح الجامع الصغير": كتاب الكفالة - باب الضمان ٢/٨٩ أ.

(٨) "الفتاوى الخيرية": كتاب الكفالة ٢٤٨/١.

(٩) "البرازية": كتاب الكفالة - الفصل الثاني في المعلقة ١٦/٦ (هامش "الفتاوى الهندية").

(١٠) "الخلاصة": كتاب الكفالة - الفصل الثاني في الكفالة المعلقة ق ٢٥٣/٢.

(١١) "شرح السير الكبير": باب قتل الأسارى والمن عليهم ١٠٣٣/٣ - ١٠٣٤.

(١٢) أي: صاحب "الفتاوى الخيرية": كتاب الكفالة ٢٤٨/١.

وَقَيْدُهُ "شمسُ الأئمة" ^(١) بما إذا أمرُهُ به طائعاً،

قلت: غاية الأمر أنهما قولان مُصحَّحان، ومثني على الصَّحَّةِ بعضُ المتون، وهو ظاهرُ إطلاقِ "الكنز" ^(٢) وغيره لفظَ النَوَائِبِ فكان أَرْجَحَ، وأما مسألةُ الأسيرِ فليس فيها كفالةٌ ولا أمرٌ بالرجوعِ، على أنَّه في "الخانية" ^(٣) صحَّحَ أنه يرجعُ على الأسيرِ، وبه جَزَمَ في "شرح السَّير الكبير" بلا حكايةٍ خلافٍ كما قدَّمناه ^(٤) في متفرقاتِ البيوعِ، وأما قولُهُ ^(٥): ((والعِلَّةُ فيه إلخ)) فهو مدفوعٌ بما رأيتُهُ في هامشِ نُسختي "المنح" بخطِّ بعضِ العلماءِ - وأظنُّهُ السيِّدَ "الحموي" - ممَّا حاصلُهُ: ((أنَّ المراد من صحَّةِ الكفالةِ بالنَوَائِبِ رجوعُ الكفيلِ على الأصيلِ لو كانت الكفالةُ بالأمرِ، لا أنَّه بضمَّنِ لطليلها الظالم؛ لأنَّ الظلمَ يَجِبُ إعدامُهُ ولا يَحْوزُ تقريرُهُ، فلا تَغْتَرُّ بظاهرِ الكلامِ)) اهـ. وهو تنبيهٌ حسنٌ، ولهذا لم يذكروا الرجوعَ على الكفيلِ، بل اقتصرُوا على بيانِ الرجوعِ على الأصيلِ لو الكفالةُ بأمرِهِ، وليس في هذا تقريرُ الظلمِ، بل فيه تخفيفُهُ ^(٦)؛ لأنَّه لو لا الكفالةُ يَحْبِسُ ^(٧) الظالمُ المكفولُ ويضربُهُ ويكلفُهُ بيعَ عقارِهِ وسائرِ أملاكِهِ بَمَنْ يَحْسِبُ أو بالاستدانةِ بالمرابحةِ ونحوِ ذلك ممَّا هو مُشَاهَدٌ، ولعلَّهم لهذا أجازوا هذه الكفالةَ وإنَّ لم يُجِزْوها بَمَنْ حَمَرٍ ونحوِهِ، والله سبحانه أعلمُ.

[٢٥٧٣١] (قوله): وَقَيْدُهُ "شمسُ الأئمة" لا مَرَجِعَ في كلامِهِ لهذا الضَّميرِ، والمناسبُ قولُ

(قوله): لا مَرَجِعَ في كلامِهِ لهذا الضَّميرِ إلخ) قد يُقال: مَرَجِعَ الضَّميرِ الصَّحَّةُ المأخوذةُ مِنْ قولِهِ: ((وكذا النَوَائِبُ))، المرادُ بها المعنى الذي رَأَى في هامشِ نُسختِهِ.

(١) "شرح السير الكبير": باب فداء الأسراء من الأحرار والمملوكين بالمال ١٦٢٧/٤.

(٢) انظر "شرح العيني على الكنز": كتاب أحكام الكفالة - فصل في مسائل متفرقة من جنس هذا الباب ٧٧/٢.

(٣) "الخانية": كتاب الكفالة والحالة - فصل في الكفالة بالمال ٦٢/٣ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) المقولة [٢٤٩٧٥] قوله: ((رَجَعَ بما أدَّى)).

(٥) أي: قول صاحب "الفتاوى الخيرية".

(٦) في "ب": ((تخفيفه)) بالخاء المهملة، وفي "م": ((تحقيقه)) بالقاف، وكلاهما خطأ.

(٧) في "ب": ((يحبس))، وهو خطأ.

فلو مُكْرَهًا فِي الْأَمْرِ لَمْ يُعْتَبَرِ أَمْرُهُ بِالرُّجُوعِ، ذَكَرَهُ "الْأَكْمَلُ"، وَقَالُوا: مَنْ قَامَ
بِتَوْزِيْعِهَا بِالْعَدْلِ أَجْرًا، وَعَلَيْهِ فَلَا يَفْسُقُ حَيْثُ عَدَلَ، وَهُوَ نَادِرٌ، وَفِي وَكَالَةِ
"الْبِرَازِيَّةِ"^(١): ((قَالَ لِرَجُلٍ:

"النَّهْر"^(٢): ((وَفِي "الْحَانِيَّةِ"^(٣): قَضَى نَائِبَةً غَيْرَهُ بِأَمْرِهِ رَجَعَ عَلَيْهِ وَإِنْ لَمْ يَشْتَرِطِ الرُّجُوعَ،
وَهُوَ الصَّحِيحُ. وَقِيْدَهُ "شَمْسُ الْأَثَمَةِ"^(٤) (إِلَخ)) أَيْ: قِيْدَ قَوْلُهُ: ((بِأَمْرِهِ))، وَهَذَا التَّقْيِيدُ
ظَاهِرٌ؛ إِذْ لَا خَفَاءَ أَنَّ أَمْرَ الْمَكْرُوهِ غَيْرُ مُعْتَبَرٍ.

(فِرْع)

فِي "مَجْمُوعِ التَّوَازُلِ": ((جَمَاعَةٌ طَمِعَ الْوَالِي أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُمْ شَيْئًا بِغَيْرِ حَقٍّ فَاخْتَفَى
بَعْضُهُمْ وَظَفَرَ الْوَالِي بَعْضُهُمْ، فَقَالَ الْمُخْتَفُونَ لَهُمْ: لَا تُطْلِعُوهُ عَلَيْنَا وَمَا أَصَابَكُمْ فَهُوَ عَلَيْنَا
بِالْخِصَصِ، فَلَوْ أَخَذَ مِنْهُمْ شَيْئًا فَلَهُمُ الرُّجُوعُ، قَالَ: هَذَا مُسْتَقِيمٌ عَلَى قَوْلِ مَنْ جَوَّزَ ضَمَانَ
الْجَلْبَابِيَّةِ، وَعَلَى قَوْلِ عَامَّةِ الْمَشَائِخِ لَا يَصِحُّ))، "فَتْح"^(٥).

[٢٥٧٣٢] (قَوْلُهُ: لَمْ يُعْتَبَرِ أَمْرُهُ بِالرُّجُوعِ) الْأَصَوْبُ: فِي الرُّجُوعِ كَمَا هُوَ فِي "الْبَحْرِ"^(٦)
وغيرِهِ عَنْ "العناية"^(٧) لـ "الْأَكْمَلِ"، فـ ((الباء)). بمعنى ((في)) مُتَعَلِّقَةٌ بـ ((يُعْتَبَرُ)) لَا بـ ((أَمْرُ))؛
لأنَّهُ لَيْسَ الْمُرَادُ أَنَّهُ أَمْرُهُ بِالرُّجُوعِ عَلَيْهِ، بَلْ أَمْرُهُ بِقَضَاءِ النَّائِبَةِ وَإِنْ لَمْ يَشْتَرِطِ الرُّجُوعَ،
وَحِينَئِذٍ فَالْمَعْنَى أَنَّهُ إِذَا كَانَ مُكْرَهًا بِالْأَمْرِ بِالْقَضَاءِ لَمْ يُعْتَبَرِ أَمْرُهُ فِي حَقِّ الرُّجُوعِ؛ لِفَسَادِ
الْأَمْرِ بِالْإِكْرَاهِ، فَلَا رُجُوعَ لِلْمَأْمُورِ عَلَيْهِ.

(١) "البرازية": كتاب الوكالة - الفصل الثالث فيها بقبض الدين - نوع في المأمور بدفع المال إلخ ٤٧٢/٥ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) "النهر": كتاب الكفالة ق ٤٢٢/ب.

(٣) "الحانية": كتاب السير - فصل في معاملة المسلم المستأمن من أهل الحرب في دارهم ٥٦١/٣ بتصرف (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) "شرح السير الكبير": باب قتل الأسارى والمن عليهم ١٠٣٣/٣ - ١٠٣٤.

(٥) "الفتح": كتاب الكفالة - فصل في الضمان ٣٠٣/٦ بتصرف.

(٦) "البحر": كتاب الكفالة - فصل: قوله: ولو أعطى إلخ ٢٦٠/٦.

(٧) "العناية": كتاب الكفالة - فصل في الضمان ٣٣٢/٦ (هامش "فتح القدير").

خَلَّصَنِي مِنْ مُصَادَرَةِ الْوَالِي، أَوْ قَالَ الْأَسِيرُ ذَلِكَ، فَخَلَّصَهُ رَجَعَ بِلاَ شَرْطٍ عَلَى الصَّحِيحِ)). قُلْتُ: وَهَذَا يَقَعُ^(١) فِي دِيَارِنَا كَثِيرًا، وَهُوَ أَنَّ الصُّوْبَاشِي^(٢) يُمَسِّكُ رَجُلًا وَيَجْبِسُهُ، فَيَقُولُ لِآخَرِ^(٣): خَلَّصْنِي، فَيُخَلِّصُهُ. فَيَبْلُغُ، فَحِينَئِذٍ يَرْجِعُ بِغَيْرِ شَرْطٍ الرَّجُوعِ، بَلْ بِمَجْرَدِ^(٤) الْأَمْرِ، فَتَدْبِرُ، كَذَا يَخْطُ "المَصْنَف" عَلَى هَامِشِهَا، فليُحْفَظْ،.....

[٢٥٧٣٣] (قوله: بلا شرط) أي: بلا شرط الرجوع.

[٢٥٧٣٤] (قوله: على الصحيح) مُخَالِفٌ لِمَا قَدَّمَهُ^(٥) فِي النِّقَاطِ مِنَ أَنَّ الصَّحِيحَ عَدَمُ الرَّجُوعِ، وَبِهِ يَفْتِي، فَفِيهِ اخْتِلَافُ التَّصْحِيحِ كَمَا ذَكَرْنَاهُ^(٦) آتِفًا.

[٢٥٧٣٥] (قوله: على هامشها) أي: هامش "البَرَازِيَّة"، وَفِي "القَامُوس"^(٧): ((الهامش: حَاشِيَةُ الْكِتَابِ، مُؤَلَّد)).

(تَمَثُّةٌ)

مِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ: الْأَفْضَلُ أَنْ يُسَاوِيَ أَهْلَ مَحَلَّتِهِ فِي إعْطَاءِ النَّائِبَةِ، قَالَ "شَمْسُ الْأُمَّةِ"^(٨): ((هَذَا كَانَ فِي زَمَانِهِمْ؛ لِأَنَّهُ إعَانَةٌ عَلَى الْحَاجَةِ وَالْجِهَادِ^(٩)، أَمَّا فِي زَمَانِنَا فَكَثُرَ النَّوَائِبُ تَوَخَّذَ ظُلْمًا، وَمَنْ تَمَكَّنَ مِنْ دَفْعِ الظُّلْمِ عَنْ نَفْسِهِ فَهُوَ خَيْرٌ لَهُ))، "نَهْر"^(١٠)، وَتَمَامُهُ فِي "الْفَتْحِ"^(١١).

(١) فِي "د" وَ"و": ((وَهَذِهِ تَقَعُ)).

(٢) فِي "مَعْجَمِ الْكَلِمَاتِ" التَّارِيخِيَّةِ فِي الْعَصْرِ الْمَمْلُوكِيِّ ص ١٠٣-١٠٤: ((الصُّوْبَاشِي: وَظِيفَةٌ عِثْمَانِيَّة: رَئِيسُ فِرْقَةٍ مِنَ السَّيَاحِيَّةِ، وَهِيَ فِرْقَةٌ مِنَ الْفَرَسَانِ، وَهَمَّ مِنْ رِجَالِ الْعَسْكَرِيَّةِ الْعِثْمَانِيَّةِ، وَالصُّوْبَاشِي بِالْفَارْسِيَّةِ: الْوَكِيلُ فِي الصَّبْعَةِ مِنْ قَبْلِ صَاحِبِهَا)).

(٣) فِي "ط": ((الْآخَرُ)).

(٤) فِي "د": ((الْمَجْرَدُ)).

(٥) ٦١٩/١٠ "د".

(٦) الْمَقُولَةُ [٢٥٧٣٠] قَوْلُهُ: ((وَعَلَيْهِ الْفَتْوَى)).

(٧) "الْقَامُوس": مَادَّةُ ((هَمَشَى)).

(٨) الَّذِي فِي النِّسْخِ جَمِيعُهَا وَ"النَّهْر": ((الْقَاضِي))، وَمَا أُتْبِئْتَاهُ مِنْ "الْفَتْحِ"؛ إِذِ الْكَلَامُ بَنَصُّهُ فِيهِ، وَكَذَا نَقْلُهُ صَاحِبُ "الْبَحْرِ" ٢٩١/٦، وَالْمَحْتَشَى "ط" ١٦٢/٣ وَعِبَارَتُهُ: ((قَالَ "شَمْسُ الْأُمَّةِ") وَالنَّقْلُ فِي "الْمَبْسُوطِ": كِتَابُ السِّرِّ ٢١/١٠ بِتَصْرِفٍ.

(٩) عِبَارَةُ "الْمَبْسُوطِ": ((لِأَنَّهُ إعَانَةٌ عَلَى الطَّاعَةِ وَالْجِهَادِ))، وَعِبَارَةُ "الْفَتْحِ": ((لِأَنَّهُ إعَانَةٌ عَلَى الْجَاهِدَةِ)).

(١٠) "النَّهْر": كِتَابُ الْكِفَالَةِ ٢٢٢/٤ ب.

(١١) انْظُرْ "الْفَتْحِ": كِتَابُ الْكِفَالَةِ - فَصْلُ فِي الضَّمَانِ ٣٣٣/٦.

(والْقِسْمَةُ) أي: النَّصِيبُ مِنَ النَّائِبَةِ، وقيل: هي النَّائِبَةُ الْمُوظَّفَةُ، وقيل غير ذلك، وأياً ما كان فالكَفَالَةُ بها صحيحة، "صدر الشريعة"^(١). (قال) رجلٌ (لآخر: اسلك هذا الطريق فإنه آمن،)

ونقل في "القنية"^(٢): ((أَنَّ الْأَوَّلَى الْامْتِنَاعُ إِنْ لَمْ يَحْمِلْ حِصَّتَهُ عَلَى الْبَاقِينَ، وَإِلَّا فَالْأَوَّلَى عَدَمُهُ))، ثم قال^(٣): ((وَفِيهِ إِشْكَالٌ؛ لِأَنَّ الْإِعْطَاءَ إِعَانَةً لِلظَّالِمِ عَلَى ظُلْمِهِ)).
[٢٥٧٣٦] (قوله: أي: النَّصِيبُ مِنَ النَّائِبَةِ) أي: حِصَّةُ الشَّخْصِ مِنْهَا إِذَا قَسَمَهَا الْإِمَامُ، "فتح"^(٤).
[٢٥٧٣٧] (قوله: وقيل: هي النَّائِبَةُ الْمُوظَّفَةُ) والمرادُ بِالنَّوَائِبِ مَا هُوَ مِنْهَا غَيْرُ رَاتِبٍ فَتَغَايَرًا، "فتح"^(٤).
[٢٥٧٣٨] (قوله: وقيل غير ذلك) قال في "النهر"^(٥): ((وَقِيلَ: هُوَ أَنْ يَقْسِمَ ثُمَّ يَمْنَعُ أَحَدَ الشَّرِيكَيْنِ قِسْمَ صَاحِبِهِ، وَقَالَ "الْهِنْدَوَانِيُّ": هِيَ أَنْ يَمْتَنِعَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ مِنَ الْقِسْمَةِ فَيُضْمَنَهُ إِنْسَانٌ لِيَقْرُمَ مَقَامَهُ فِيهَا)).

[٢٥٧٣٩] (قوله: فإنه آمن) بقصرِ الهمزة على تقديرِ مُضَافٍ، أي: ذو آمن، أو بمدّها^(٦) على صورة اسمِ الفاعل. بمعنى المفعول [ب/١٨٣ق/٣]، كساحل. بمعنى مَسْحُولٍ^(٧)، أو بمعنى: آمن سالكه، مثل: نهاره صائم، وعلى الوجهين عيشة راضية.

(قوله: وفيه إشكال؛ لأنَّ الإِعْطَاءَ إِعَانَةً لِلظَّالِمِ عَلَى ظُلْمِهِ) يندفعُ الإشْكَالُ بِأَنَّ الظُّلْمَ هُنَا مُحَقِّقٌ، وَتَحْمِلُهُ لَهُ أَوَّلَى مِنْ تَحْمِيلِهِ لغيره، والأوَّلَى مِنْهُ أَنْ يُعْطِيَ مَنْ هُوَ عاجزٌ عن دَفْعِ الظُّلْمِ عَنْ نَفْسِهِ إِعَانَةً لَهُ عَلَى دَفْعِ الظُّلْمِ عَنْ نَفْسِهِ.

(١) "شرح الوقاية": كتاب الكفالة - فصل: أعطى المطلوب الكثير قيل أن يعطى إلخ ٥٧/٢ بتصرف (هامش "كشف الحقائق").
(٢) "القنية": كتاب الكراهية والاستحسان - باب في الاستحلال وردَّ المظالم ق ٧٦/ب بتصرف، نقلاً عن السمرقندي "مجموعاته" و"النوازل".

(٣) "القنية": كتاب الكراهية والاستحسان - باب في الاستحلال وردَّ المظالم ق ٧٦/ب، نقلاً عن "النوازل" للسمرقندي.
(٤) "الفتح": كتاب الكفالة - فصل في الضمان ٣٣٢/٦.

(٥) "النهر": كتاب الكفالة ٤٢٢/ب.

(٦) أي: ((آمن)) كما في "الأصل".

(٧) في "٣": ((كساحل. بمعنى مسحول)) بالجمع المعجمة.

فَسَلَّكَ وَأَخَذَ مَالَهُ لَمْ يَضْمَنْ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ كَانَ مَخُوفًا وَأَخِذَ مَالَكَ فَأَنَا ضَامِنٌ) والمسألة بِمَجَالِهَا (ضَمِنَ)، هَذَا وَارِدٌ عَلَى مَا قَدَّمَ^(١) بِقَوْلِهِ: ((وَلَا تَصِحُّ بِمَجَالَةِ الْمَكْفُولِ عَنْهُ)) كَمَا فِي الشَّرْئِ بِلَالِيَّةٍ^(٢).....

[٢٥٧٤٠] (قَوْلُهُ: لَمْ يَضْمَنْ) مِثْلُهُ: كُلُّ هَذَا الطَّعَامِ فَإِنَّهُ لَيْسَ بِمُسْمُومٍ، فَأَكَلَهُ فَمَاتَ لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ، وَكَذَا لَوْ أَخْبَرَهُ رَجُلٌ أَنَّهَا حُرَّةٌ فَتَزَوَّجَهَا، ثُمَّ ظَهَرَتْ مَمْلُوكَةٌ فَلَا رُجُوعَ بِقِيَمَةِ الْوَلَدِ عَلَى الْمُخْبِرِ، "أَشْبَاهُ"^(٣)، "ط"^(٤).

[٢٥٧٤١] (قَوْلُهُ: وَالْمَسْأَلَةُ بِمَجَالِهَا) أَي: فَسَلَّكَ وَأَخِذَ مَالَهُ، "ط"^(٤).

[٢٥٧٤٢] (قَوْلُهُ: ضَمِنَ) أَمَا لَوْ قَالَ لَهُ: إِنْ أَكَلَ ابْنُكَ سَبْعَ، أَوْ أَتَلَفَ مَالَكَ سَبْعَ فَأَنَا ضَامِنٌ لَا يَصِحُّ، "هِنْدِيَّةً"^(٥)؛ لِمَا تَقَدَّمَ^(٦) مِنْ أَنَّ السَّبْعَ لَا يُكْفَلُ، وَأَنَّ فِعْلَهُ جَبَّارٌ، "ط"^(٧).

[٢٥٧٤٣] (قَوْلُهُ: هَذَا وَارِدٌ فِي الْخِ) أَقُولُ: صَحَّةُ الضَّمَانِ لَا مِنْ حَيْثُ صَحَّةُ الْكِفَالَةِ حَتَّى يَرِدَ مَا ذُكِرَ، بَلْ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ غَرَّةٌ؛ لِأَنَّ الْغُرُورَ يُوجِبُ الرُّجُوعَ إِذَا كَانَ بِالشَّرْطِ، "أَبُو السُّعُود"^(٨)، "ط"^(٩). وَلِذَا أَعَقَبَهُ "الْشَّارْحُ" بِذِكْرِ الْأَصْلِ، لَكِنْ يَأْتِي^(١٠) أَنَّ ضَمَانَ الْغُرُورِ فِي الْحَقِيقَةِ هُوَ ضَمَانُ الْكِفَالَةِ.

(١) ص ١٠١ - "در".

(٢) "الشَّرْئِ بِلَالِيَّةً": كِتَابُ الْكِفَالَةِ ٢/٢٩٩ - ٣٠٠ (هَامِشُ "الْدَّرَرِ وَالْغُرُورِ").

(٣) "الْأَشْبَاهُ وَالنِّظَائِرُ": الْمَنْ الثَّانِي: الْفَوَائِدُ - كِتَابُ الْكِفَالَةِ ٢٥٢ - ٢٥٣.

(٤) "ط": كِتَابُ الْكِفَالَةِ ١٦٣/٣.

(٥) "الْفَتَاوَى الْهِنْدِيَّةُ": كِتَابُ الْكِفَالَةِ - الْفَصْلُ الْخَامِسُ فِي التَّعْلِيقِ وَالتَّعْجِيلِ ٣/٢٧٧، نَقْلًا عَنْ "الْفُصُولِ الْأُسْتَوْشِيَّةِ".

(٦) الْمَقُولَةُ [٢٥٥٢٤] قَوْلُهُ: ((بِخِلَافٍ: إِنْ أَكَلْتَ سَبْعَ)).

(٧) "ط": كِتَابُ الْكِفَالَةِ ١٦٣/٣.

(٨) "فَتْحُ الْمَعِينِ": كِتَابُ الْكِفَالَةِ ٨/٣ بِاخْتِصَارٍ.

(٩) "ط": كِتَابُ الْكِفَالَةِ ١٦٣/٣.

(١٠) ص ١٨٥ - "در".

والأصل أن المغرور إنما يرجع على الغار إذا حصل الغرور في ضمن المعاوضة،

ثم أعلم أن "المصنف" تابع في ذكر هذه المسألة صاحب "الدُّرر"^(١) عن "العمادية"، وعزاها "البيري"^(٢) إلى "الدَّخِيرَة" بزيادة: ((إنَّ المكفول عنه مجهولٌ ومع هذا جوَّزوا الضَّمان)) اهـ. لكن قال في الثالث والثلاثين من "جامع الفصولين"^(٣) برمز "المحيط"^(٤): ((ما دُكر من الجواب مخالف لقول "القُدوري"^(٥): مَنْ قال لغيره: مَنْ غصبَكَ مِنَ النَّاسِ، أو مَنْ بايعتَ مِنَ النَّاسِ فأنا ضامنٌ لذلك فهو باطل)) اهـ. وأجاب في "نور العين"^(٦): ((بأنَّ عَدَمَ الضَّمانِ في مسألة "القُدوري" لعدمِ التَّغْيِيرِ، فظَهَرَ الفرقُ)).

قلت: لكن في "البرازية"^(٧): ((ودَكَرَ القاضي: بايَعُ فُلَانًا عَلَى أَنَّ مَا أَصَابَكَ مِنْ خُسْرَانٍ فَعَلِيٍّ، أو قَالَ لِرَجُلٍ: إِنَّ هَلَكَ عَيْنُكَ هَذَا فَأَنَا ضَامِنٌ لَمْ يَصِحَّ)) اهـ. إلا أن يُجَابَ بأنَّ قَوْلَهُ: ((بايَعُ فُلَانًا)) لا تَغْيِيرَ فِيهِ؛ لَعَدَمِ الْعِلْمِ بِمَحْصُولِ الْخُسْرَانِ فِي الْمَبَايَعَةِ مَعَهُ، وَلِأَنَّ الْخُسْرَانَ يَحْصُلُ بِسَبَبِ جَهْلِ^(٨) الْمَأْمُورِ بِأَمْرِ الْبَيْعِ وَالشَّرَاءِ، بِخِلَافِ قَوْلِهِ: ((اسْلُكْ هَذَا الطَّرِيقَ)) وَالْحَالُ أَنَّهُ مَخُوفٌ، فَإِنَّ الطَّرِيقَ الْمَخُوفَ يُؤَخَذُ فِيهِ الْمَالُ غَالِبًا وَلَا ضَعْفٌ فِيهِ لِلْمَأْمُورِ، فَقَدْ تَحَقَّقَ فِيهِ التَّغْيِيرُ، فإِذَا ضَمِنَهُ الْأَمْرَ نَصًّا رَجَعَ عَلَيْهِ، وَلَعَلَّهُمْ أَجَاوَزُوا الضَّمانَ فِيهِ مَعَ جَهْلِ الْمَكْفُولِ عَنْهُ زَجْرًا عَنْ هَذَا الْفِعْلِ كَمَا فِي تَضَمِينِ السَّاعِي، وَاللَّهُ سَبْحَانَهُ أَعْلَمُ.

[٢٥٧٤٤] (قوله: في ضمن المعاوضة) فيرجع على البائع بقيمة الولد إذا استُحِقَّتْ بعد الاستيلاء، وبقيمة البناء بعد أن يسلم البناء إليه، واحتَرَزَ عَمَّا إِذَا كَانَ فِي ضَمْنِ عَقْدِ التَّبَرُّعِ كَالْهَبَةِ وَالصَّدَقَةِ.

(١) "الدُّرر والغرر": كتاب الكفالة ٢/٢٩٩ - ٣٠٠.

(٢) "عمدة ذوي البصائر": كتاب الكفالة والحوالة ١١٢/ب بتصرف.

(٣) "جامع الفصولين": الفصل الثالث والثلاثون - في أنواع الضمانات الواجبة وكيفيةاتها إلخ ٨٣/٢ بتصرف.

(٤) لم نثر على المسألة في مظانها من مخطوطة "المحيط البرهاني" التي بين أيدينا.

(٥) لم نثر على قول القُدوري في "مختصره"، ولا في كتابه "التجريد".

(٦) "نور العين": الفصل الثاني والثلاثون في أنواع الضمانات الواجبة وكيفيةاتها إلخ ١٣٧/أ بتصرف.

(٧) "البرازية": كتاب الكفالة - الفصل الثاني في المعلقة ١٥/٦ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٨) ((جهل)) ساقطة من "الأصل".

أَوْ ضَمِنَ الْغَارُ صِفَةَ السَّلَامَةِ لِلْمَغْرُورِ نَصًّا، "درر"^(١)، وَتَمَامُهُ فِي "الْأَشْبَاه"^(٢)، وَمَرَّةً^(٣) فِي الْمَرَاجِحَةِ. (فِرْعَوْنُ) ضِمَانُ الْغُرُورِ فِي الْحَقِيقَةِ هُوَ ضِمَانُ الْكِفَالَةِ.

[٢٥٧٤٥] (قَوْلُهُ: أَوْ ضَمِنَ الْغَارُ صِفَةَ السَّلَامَةِ لِلْمَغْرُورِ نَصًّا) أَي: كَمَسْأَلَةِ الْمَتَنِ الثَّانِيَةِ، فَإِنَّهُ نَصٌّ فِيهَا عَلَى الضَّمَانِ، بِخِلَافِ الْأَوَّلِ، وَتَمَامُ عِبَارَةِ "الدَّرر"^(٤): ((حَتَّى لَوْ قَالَ الطَّحَّانُ لِصَاحِبِ الْخِنْطَةِ: اجْعَلِ الْخِنْطَةَ فِي الدَّلْوِ فَذَهَبَ مِنْ ثَقْبِهِ مَا كَانَ فِيهِ إِلَى الْمَاءِ وَالطَّحَّانُ كَانَ عَالِمًا بِهِ يَضْمَنُ؛ لِأَنَّهُ صَارَ غَارًا فِي ضَمَنِ الْعَقْدِ، بِخِلَافِ الْمَسْأَلَةِ الْأَوَّلَى؛ لِأَنَّ ثَمَّةَ مَا ضَمِنَ السَّلَامَةَ بِحُكْمِ الْعَقْدِ، وَهَذَا الْعَقْدُ يَقْتَضِي السَّلَامَةَ، كَذَا فِي "الْعِمَادِيَّةِ") اهـ. وَأَرَادَ بِالْأَوَّلَى قَوْلَهُ: ((اسْلُكْ هَذَا الطَّرِيقَ فَإِنَّهُ أَمْنٌ))، وَيُظْهِرُ مِنَ التَّعْلِيلِ أَنَّ قَوْلَهُ: ((حَتَّى لَوْ قَالَ الْخ)) تَفْرِيعٌ عَلَى الْأَصْلِ الْأَوَّلِ، وَقَوْلُهُ: ((إِنْ كَانَ عَالِمًا بِهِ)) أَي: بِثَقْبِ الدَّلْوِ، يُشْكِلُ عَلَيْهِ مَسْأَلَةُ الْاسْتِحْقَاقِ.

[٢٥٧٤٦] (قَوْلُهُ: وَتَمَامُهُ فِي "الْأَشْبَاهِ") ذَكَرْنَاهُ فِي آخِرِ بَابِ الْمَرَاجِحَةِ^(٥)، وَتَكَلَّمْنَا عَلَيْهِ هُنَاكَ، فَرَاجَعُهُ.

[٢٥٧٤٧] (قَوْلُهُ: هُوَ ضِمَانُ الْكِفَالَةِ) أَمَّا فِي الْأَصْلِ الثَّانِي فَهُوَ ظَاهِرٌ؛ لِأَنَّ شَرْطَهُ أَنْ يَذْكُرَ الضَّمَانَ نَصًّا، وَأَمَّا فِي الْأَوَّلِ فَلَا أَنْ عَقَدَ الْمَعَاوِضَةَ يَقْتَضِي السَّلَامَةَ، فَكَأَنَّهُ بِسَبَبِ أَخْذِ الْعَوَاضِ ضَمِنَ لَهُ سَلَامَةَ الْمَعَوِضِ.

(قَوْلُهُ: وَقَوْلُهُ: ((إِنْ كَانَ عَالِمًا بِهِ)) أَي: بِثَقْبِ الدَّلْوِ، يُشْكِلُ عَلَيْهِ مَسْأَلَةُ الْاسْتِحْقَاقِ) يَنْدَفِعُ بِأَنَّ التَّغْيِيرَ فِي مَسْأَلَةِ الْاسْتِحْقَاقِ فِي نَفْسِ الْمَعَوِضَةِ عَلَيْهِ، بِخِلَافِهِ فِي مَسْأَلَةِ الطَّحَّانِ، فَإِنَّهُ فِي تَعْلُقَاتِهِ، فَلِذَا شَرَطَ فِيهِ الْعِلْمَ بِالثَّقْبِ. (قَوْلُهُ: أَمَّا فِي الْأَصْلِ الثَّانِي فَهُوَ ظَاهِرٌ) الْخ) فِي كَوْنِ ضِمَانِ الْغُرُورِ ضِمَانَ الْكِفَالَةِ حَقِيقَةً، تَأْمَلْ. فَإِنَّ الْكِفَالََةَ بِالْمَعْنَى السَّابِقِ غَيْرُ مَوْجُودَةٍ هُنَا، تَذَبُّرٌ.

(١) "الدَّرر والغرر": كتاب الكفالة ٣٠٥/٢.

(٢) انظر "الأشباه والنظائر": الفن الثاني: الفوائد - كتاب الكفالة ص ٢٥٣.

(٣) ١٤٠/١٥ وما بعدها "در".

(٤) "الدَّرر والغرر": كتاب الكفالة ٣٠٥/٢.

(٥) المقولة [٢٤١٠٣] قوله: ((وَيُكْفَالَةُ "الْأَشْبَاهِ" الْخ)).

للكفيل منع^(١) الأصيل من السفر لو كفالته حالة؛ ليخلصه منها بأداء أو إبراء، وفي الكفيل بالنفس يرده إليه كما في "الصغرى"، أي: لو بأمره.
 من قام عن غيره بواجب بأمره رجع بما دفع وإن لم يشترطه، كالأمير بالإنفاق عليه^(٢) وبقضاء دينه، إلا في مسائل:

[٢٥٧٤٨] (قوله: لو كفالته حالة) ينبغي أن يجري فيه ما سيذكره "الشارح"^(٣) آخر الباب عن "المحيط".

[٢٥٧٤٩] (قوله: ليخلصه بأداء أو إبراء) أي: بأن يؤدي المال إليه أو إلى [١٨٤٣/٣١] الطالب، أو بأن يتكلم مع الطالب ليبرئ الكفيل.

[٢٥٧٥٠] (قوله: يرده إليه) في بعض النسخ: ((برده)) بالياء الموحدة، وهي أحسن، فهو متعلق بـ ((يخلصه)) أي: برده نفسه وتسليمها إلى الطالب.

[٢٥٧٥١] (قوله: أي: لو بأمره) لأن الكفيل بلا أمر متبرع ليس له مطالبة الأصيل بحال ولا نفس، حتى إنه لا يائتم بالامتناع من تسليم نفسه معه كما مر^(٤) سابقاً.

[٢٥٧٥٢] (قوله: من قام عن غيره بواجب بأمره^(٥) إلخ) الظاهر أن المراد بالواجب اللازم شرعاً أو عادة؛ ليصح استثناء التعويض عن الهبة ونفس الهبة، إلا أن يكون لفظ ((الآ)) بمعنى ((لكن)). وقوله: ((بأمره)) متعلق بـ ((قام)).

(قوله: إلا أن يكون لفظ ((الآ)) بمعنى ((لكن)) هذا هو الأنسب؛ إذ لا معنى لكون الهبة لازمة عادةً.

(١) في "ط": ((مع))، وهو خطأ.

(٢) ((عليه)) ليست في "و".

(٣) ص ٩٣ - "در".

(٤) المقولة [٢٥٤١٨] قوله: ((وكذا يبرأ الكفيل بتسليم المطلوب نفسه)).

(٥) في "الأصل" و"ك": ((بواجب أمره)).

أَمْرُهُ بتعويضٍ عن هَيْتِهِ، وبإطعامٍ عن كَفَّارَتِهِ، وبأداءٍ عن^(١) زَكَاةٍ مَالِهِ، وبأنْ يَهَبَ فُلَانًا عَنِّي أَلْفًا فِي كُلِّ مَوْضِعٍ يَمْلِكُ الْمَدْفُوعُ إِلَيْهِ الْمَالَ الْمَدْفُوعُ إِلَيْهِ مُقَابَلًا بِمِلْكِ مَالٍ، فَإِنَّ الْمَأْمُورَ يَرْجِعُ بِلَا شَرْطٍ، وَإِلَّا فَلَا، وَتَمَامُهُ فِي وَكَاةِ "السَّرَاجِ"، وَالْكُلُّ مِنْ "الْأَشْبَاهِ"^(٢).

[٢٥٧٥٣] (قَوْلُهُ: أَمْرُهُ بتعويضٍ عن هَيْتِهِ) أَي: أَمَرَ الْمَوْهُوبُ لَهُ رَجُلًا أَنْ يُعَوِّضَ الْوَاعِبَ عَنْ هَيْتِهِ. [٢٥٧٥٤] (قَوْلُهُ: وَيُطَاعَمُ الْخ) وَكَذَا لَوْ قَالَ: أُحِجَّ عَنِّي رَجُلًا، أَوْ أُعْتِقَ عَنِّي عَبْدًا عَنِ ظَهَارِي، "خَانِيَّةً"^(٣)، فَلَمَّا رُذِّقَ الْوَاجِبُ الْآخَرُ.

[٢٥٧٥٥] (قَوْلُهُ: وَبأنْ يَهَبَ فُلَانًا إِلَى الْخ)^(٤) فَلَوْ قَالَ: هَبْ لِفُلَانٍ عَنِّي أَلْفًا تَكُونُ مِنَ الْأَمْرِ، وَلَا رُجُوعَ لِلْمَأْمُورِ عَلَيْهِ وَلَا عَلَى الْقَابِضِ، وَلِلْأَمْرِ الرَّجُوعُ فِيهَا، وَالِدَّافِعُ مُتَطَوِّعٌ، وَلَوْ قَالَ: عَلَى أَنِّي ضَامِنٌ لِلْمَأْمُورِ، وَلِلْأَمْرِ الرَّجُوعُ فِيهَا دُونَ الدَّافِعِ، "خَانِيَّةً"^(٥).

[٢٥٧٥٦] (قَوْلُهُ: فِي كُلِّ مَوْضِعٍ الْخ) فَلَمَّا شَرِي أَوْ الْغَاصِبُ إِذَا أَمَرَ رَجُلًا بِأَنْ يَدْفَعَ الثَّمَنَ أَوْ يَدُلَّ الْعَصْبَ إِلَى الْبَائِعِ أَوْ الْمَالِكِ كَانَ الْمَدْفُوعُ إِلَيْهِ مَالِكًا لِلْمَدْفُوعِ بِمُقَابَلَةِ مَالٍ هُوَ الْمَبِيعُ أَوْ الْمَغْصُوبُ. وَظَاهِرُهُ أَنَّ الْهَبَةَ لَوْ كَانَتْ بِشَرْطِ الْعَوَضِ فَأَمْرُهُ بِالْتَّعْوِضِ عَنْهَا يَرْجِعُ بِلَا شَرْطٍ؛ لَوْجُودِ الْمِلْكِ بِمُقَابَلَةِ مَالٍ، بِخِلَافِ مَا لَوْ أَمْرُهُ بِالْإِطْعَامِ عَنْ كَفَّارَتِهِ أَوْ بِالْإِحْسَانِ عَنْهُ وَنَحْوِهِ، فَإِنَّهُ لَيْسَ بِمُقَابَلَةِ مَالٍ فَلَا رُجُوعَ لِلْمَأْمُورِ عَلَى الْأَمْرِ إِلَّا بِشَرْطِ الرَّجُوعِ. وَيَرُدُّ عَلَيْهِ الْأَمْرُ بِالْإِنْفَاقِ عَلَيْهِ فَإِنَّهُ قَدْ مَرَّ^(٦) أَنَّهُ يَرْجِعُ بِلَا شَرْطٍ مَعَ أَنَّهُ لَيْسَ بِمُقَابَلَةِ مِلْكٍ مَالٍ، وَكَذَا الْأَمْرُ بِأَدَاءِ النَّوَائِبِ وَبِتَخْلِيصِ الْأَسِيرِ عَلَى مَا مَرَّ^(٧). هَذَا وَسَيَذْكُرُ "المُصَنِّفُ"^(٨) فِي بَابِ الرَّجُوعِ

(١) ((عَنْ)) لَيْسَتْ فِي "د" وَ"و".

(٢) "الْأَشْبَاهُ وَالنِّظَائِرُ": الْفَنُ الْفَائِي - الْفَوَائِد - كِتَابُ الْكِفَالَةِ ص ٢٥٥.

(٣) "الْخَانِيَّةُ": كِتَابُ الْكِفَالَةِ وَالْحَوَالَةِ - فَصْلُ فِي الْكِفَالَةِ بِالْمَالِ ٦٥/٣ (هَامِشُ "الْفَتَاوَى الْهِنْدِيَّة").

(٤) ((الْخ)) لَيْسَتْ فِي "ب" وَ"م".

(٥) "الْخَانِيَّةُ": كِتَابُ الْكِفَالَةِ وَالْحَوَالَةِ - فَصْلُ فِي الْكِفَالَةِ بِالْمَالِ ٦٥/٣ بِتَصْرِفٍ (هَامِشُ "الْفَتَاوَى الْهِنْدِيَّة").

(٦) ٦١٧/١٠ وَمَا بَعْدَهَا "د".

(٧) ص ١٧٩ - وَمَا بَعْدَهَا "د".

(٨) انْظُرِ "الدَّر" عِنْدَ الْمُقُولَةِ [٢٩٢٢٩] قَوْلُهُ: ((وَالْأَصْلُ الْخ)).

وفي "الملقط" ^(١): «(الكفيل للمُختلعة بما لها على الزوج من الدين لا يبرأ بتجدد النكاح بينهما. ثوب غاب عن دلال لاضمان عليه، ولو غاب عن صاحب الحانوت وقد ساوم وأتفقا على الثمن ^(٢) فعليه قيمة الثوب، ولو طاف به الدلال ثم وضعه في حانوت فهلكت ضمن الدلال بالاتفاق، ولا ضمان على صاحب الحانوت عند الإمام؛ لأنه مؤدع المؤدع.

عن الهبة أصلاً آخر، وهو: كل ما يطالب به بالحس والملازمة فالأمر بأدائه يُثبت الرجوع، وإلا فلا إلا بشرط الضمان، ويرد عليه أيضاً الأمر بالاتفاق، وانظر ما حررناه في "تنقيح الحامدية" ^(٣).

[٢٥٧٥٧] (قوله: الكفيل للمُختلعة إلخ) صورته: خالعت زوجها على مهرها مثلاً ولها عليه دين، فكفله به لها رجل، ثم جددا عقد النكاح بينهما لا يبرأ الكفيل؛ لعدم ما يسقط ما ثبتت عليه بالكفالة، أفاده "ط" ^(٤).

[٢٥٧٥٨] (قوله: ثوب إلخ) تابع صاحب "الملقط" في ذكر هذه الفروع في الكفالة لمناسبة الضمان، وإلا فمحلهما الوديعة أو الإيجارات.

[٢٥٧٥٩] (قوله: لا ضمان عليه) هذا لو ضاع منه، أما لو قال: لا أدري في أي حانوت وضعته ضمن، نقله بعض المحشيين عن "الخانية" ^(٥)، وذكر "الشارح" نحوه أنجز الوديعة ^(٦).

[٢٥٧٦٠] (قوله: وأتفقا على الثمن) أي: قبل العقد، فيكون مقبوضاً على سؤم الشراء. [٢٥٧٦١] (قوله: ضمن الدلال بالاتفاق) أقول: هذا إذا وضعه أمانة عند صاحب الدكان، أما لو وضعه عنده ليشترط فيه خلاف مذكور في الثالث والثلاثين من "جامع الفصولين" ^(٧)،

(١) "الملقط": كتاب الكفالة - مطلب: الكفيل للمختلعة بما لا يبرأ إلخ ص ٤١٣.

(٢) في "و": ((نمن))، ومثله في "الملقط".

(٣) "العقد الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية": كتاب الكفالة ٢٨٧/١.

(٤) "ط": كتاب الكفالة ١٦٤/٣.

(٥) "الخانية": كتاب الوديعة - فصل في هلاك الوديعة بعد الطلب من صاحبها ٣٨١/٣ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٦) انظر "الدر" عند الموقلة [٢٨٩٣٠] قوله: ((فإنه يضمن)).

(٧) "جامع الفصولين": الفصل الثالث والثلاثون في أنواع الضمانات الواجبة وكيفيةاتها إلخ - ضمان المأمور والدلال

دَلَالٌ معروفٌ في يده ثوبٌ تَبَيَّنَ أَنَّهُ مسروقٌ، فقال: رَدَدْتُ عَلَى الَّذِي أَخَذْتُ مِنْهُ بَرِيءٌ. ولو قال: طَالِبٌ غَرِمِي فِي مَصْرٍ كَذَا، فَإِذَا أَخَذْتَ مَالِي فَلَكَ عَشْرَةٌ مِنْهُ يَجِبُ أَجْرُ الْمُثْلِ، لَا يُزَادُ عَلَى عَشْرَةٍ)) "ملتقط" (١). وَأَقْنَيْتُ بَأَنَّ ضِمَانَ الدَّلَالِ وَالسَّمْسَارِ الثَّمَنَ لِلْبَائِعِ بَاطِلٌ؛ لِأَنَّهُ وَكِيلٌ بِالْأَجْرِ. وَذَكَرُوا أَنَّ الْوَكِيلَ لَا يَصِحُّ ضِمَانُهُ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ عَامِلًا لِنَفْسِهِ، فَلْيُحَرَّرْ أَهْدَ. (فائدة) ذَكَرَ "الطَّرَسُوسِيُّ" فِي مُؤَلَّفِهِ لَهُ (٢): ((أَنَّ مُصَادَرَةَ السُّلْطَانِ لِأَرْبَابِ الْأَمْوَالِ لَا تَحُوزُ إِلَّا لِعَمَالِ بَيْتِ الْمَالِ، مُسْتَدِلًّا بِأَنَّ عَمَرَ عليه السلام صَادَرَ أَبَا هُرَيْرَةَ)) أَهْدَ،

فَقِيلَ: يَضْمَنُ؛ لِأَنَّهُ مُؤَدَّعٌ، وَلَيْسَ لِلْمُؤَدَّعِ أَنْ يُؤَدَّعَ، وَقِيلَ: لَا يَضْمَنُ فِي الصَّحِيحِ؛ لِأَنَّهُ أَمْرٌ لَا بَدَأَ مِنْهُ فِي الْبَيْعِ، وَبِهِ جَزَمَ فِي "الْوَهْبَانِيَّةِ" كَمَا نَقَلَهُ "الشَّارِحُ" عَنْهَا آخِرَ الْإِجَارَاتِ (٣). [٢٥٧٦٢] (قَوْلُهُ: بَرِيءٌ) لِأَنَّهُ كَغَاصِبٍ الْغَاصِبِ إِذَا رَدَّ عَلَى الْغَاصِبِ يَبْرَأُ، وَإِنَّمَا يَبْرَأُ لَوْ أَتَيْتَ رَدَّهُ بِحُجَّةٍ، "جَامِعُ الْفُصُولِ" (٤).

[٢٥٧٦٣] (قَوْلُهُ: لِأَنَّهُ يَصِيرُ عَامِلًا لِنَفْسِهِ) إِذْ لِيَاةِ الْقَبْضِ لَهُ، وَالضَّامِنُ يَعْمَلُ لِنَفْسِهِ، "ط" (٥). فَلَوْ أَنَّ وَكِيلَ الْبَيْعِ ضَمِنَ الثَّمَنَ لِمُوكِّلِهِ وَأَدَّى يَرْجِعُ، وَلَوْ أَدَّى بِلَا ضِمَانٍ لَا يَرْجِعُ كَمَا فِي "الْفُصُولِ"، وَقَدْ مَرَّ (٦).

[٢٥٧٦٤] (قَوْلُهُ: إِلَّا لِعَمَالِ بَيْتِ الْمَالِ) أَي: إِذَا كَانَ يُرَدُّهُ لِبَيْتِ الْمَالِ، أَوْ عَلَى أَرْبَابِهِ إِنْ عُلِّمُوا كَمَا ذَكَرَهُ (٧) فِي آخِرِ الْعِبَارَةِ.

(قَوْلُ "الشَّارِحِ": وَأَقْنَيْتُ بَأَنَّ ضِمَانَ الدَّلَالِ وَالسَّمْسَارِ الثَّمَنَ لِلْبَائِعِ بَاطِلٌ) (لِخ) هَذَا ظَاهِرٌ فِيمَا إِذَا بَاشَرَا الْعَقْدَ، لَا فِيمَا إِذَا بَاشَرَهُ الْمَالِكُ.

(١) "الْمُلْتَقَطُ": كِتَابُ الْكِفَالَةِ - مُطْلَبُ الثَّمَنِ عَلَى الَّذِي بَاشَرَ الْعَقْدَ ص ٤١٣، وَقَوْلُهُ: ((وَلَا يَزَادُ عَلَى عَشْرَةٍ)) لَيْسَ فِي مَطْبُوعَةِ "الْمُلْتَقَطِ" الَّتِي بَيْنَ أَيْدِينَا.

(٢) لَمْ نَهْتَدِ إِلَيْهِ.

(٣) أَنْظَرِ "الدَّرَّ" عِنْدَ الْمُقُولَةِ [٣٠٢٢٨] قَوْلُهُ: ((وَفِي "الْوَهْبَانِيَّةِ")).

(٤) "جَامِعُ الْفُصُولِ": الْفَصْلُ الثَّلَاثُ وَالثَّلَاثُونَ فِي أَنْوَاعِ الضَّمَانَاتِ الْوَاجِبَةِ وَكَيْفِيَّاتِهَا لِخ - ضِمَانُ الْمَأْمُورِ وَلِلدَّلَالِ وَمَا يَنْصَحُ بِهِ ١٠/١٢.

(٥) "ط": كِتَابُ الْكِفَالَةِ ١٦٤/٣.

(٦) الْمُقُولَةُ [٢٥٦٠٥] قَوْلُهُ: ((بِمَتَى أَدَّى بِكِفَالَةٍ فَاسِدَةٍ رَجَعَ كَصَحِيحَةٍ)).

(٧) ص ١٩١ - "دَرَّ".

وذلك حين استعمله على البحرين، ثم عزله وأخذ منه اثني عشر ألفاً، ثم دعاه للعمل فأبى، رواه "الحاكم" وغيره.

[٢٥٧٦٥] (قوله: رواه "الحاكم" وغيره) أخرَجَ ٣/١٨٤ب في "الدر المنثور" ^(١) في سورة يوسف في قوله تعالى: ﴿اجْعَلْنِي عَلَى خَزَائِنِ الْأَرْضِ﴾ [يوسف: ٥٥] قال: ((أخرج "ابن أبي حاتم" و"الحاكم" عن أبي هريرة قال: استعملني عمرُ على البحرين، ثم نزعني وغرمتني اثني عشر ألفاً، ثم دعاني بعد إلى العمل فأبيتُ، فقال: لم وقد سألَ يوسفُ العملَ وكان خيراً منك؟ فقلتُ: إنَّ يوسفَ عليه السَّلامُ نبيُّ ابنِ نبيِّ ابنِ نبيٍّ، وأنا ابنُ أُميمة ^(٢)، وأحافُ أن أقولَ بغيرِ عِسمٍ ^(٣)، وأفنيَ بغيرِ عِلمٍ، وأنَّ يُضربَ ظهري، ويُشتمَ عرضي، ويُؤخذَ مالي ^(٤))) اهـ "بحر" ^(٥).

قلتُ: ولعلَّ مذهبه أنَّ هديَّةَ العُماليِّ جائزةً بخلافِ مذهبِ عمرَ رضي الله تعالى عنه، فلذا غرَّمه.

(١) "الدر المنثور" للسيوطي: ٤٥/٤ [يوسف: ٥٥].

(٢) في النسخ جميعها: ((أمية))، وما أثبتناه هو اسم أمه، كما ورد في "الدر المنثور" و"الحاكم" و"الإصابة".

(٣) "الدر المنثور": ((بغير حلم)).

(٤) أخرجه ابنُ أبي حاتمٍ في "تفسيره" [يوسف: ٥٥] (١١٧١١)، من طريق أبي جعفر الرَّايزي (ح)، و"الحاكم في المستدرک" ٢/٣٤٧، من طريق يزيد بن هارونَ كلاهما عن هشام بن حسانَ عن محمد بن سيرينَ عن أبي هريرة، فذكره، إلا أنَّ أبا جعفرٍ رواه مُختصراً.

وأخرجه ابنُ سعدٍ في "الطبقات" ٣/٣٣٥: عن عمرو بن الهيثم ثنا أبو هلال (ح)، وعن هُوْدَةَ بنِ خَلِيفَةَ وعبد الوهَّاب بن عطاءٍ ويحيى بن خَلِيفَ بن عُقْبَةَ وَبَكَار بن محمدٍ، قالوا: حدَّثنا ابنُ عُونٍ (ح)، وكذلك رواه مَعْمَرٌ في "الحامخ" (٢٠٦٥٩) برواية عبد الرزَّاق عنه عن أيوب (ح)، وأخرجه أبو نعيمٍ في "الحلية" ١/٣٨٠ - ٣٨١، وأبو موسى في "الدُّبُل" كما في "الإصابة" ٤/٢٤١ من طريق ابن شاذان عن سعد بن الصَّامت عن يحيى بن العلاء عن أيوب السَّخْتَيَانِي، كلُّهم عن ابنِ سيرينَ عن أبي هريرة بالفاظٍ مُتقاربة. وقال الحاكم: صحيح على شرط الشيخين. أمَّا يحيى بنُ العلاء فقال ابن حجر: ضعيفٌ جداً، ولكنَّ أخرجه عبد الرزَّاق عن مَعْمَرٍ عن أيوبَ فقوي.

وبنحوه أخرج ابنُ سعدٍ في "الطبقات" ٣/٣٣٥: أخبرنا عمرو بنُ عاصمٍ الكلابيُّ قال: حدَّثنا هِشَامُ بنُ يحيى قال: حدَّثنا إسحاق بنُ عبد الله أنَّ عمرَ بنَ الخطَّاب قال لأبي هريرة: كيف وجدتَ الإمارةَ يا أبا هريرة؟ قال: بعثتني وأنا كارهٍ، ونزعتنني وقد أحببتها، وأنا بأربعمئة ألفٍ مِنَ البحرين، فقال: أَطَلَمْتَ أحداً؟ قال: لا، قال: أخذتُ شيئاً بغيرِ حقٍّ؟ قال: لا، قال: فما جئتُ به لنفسيك؟ قال: عشرين ألفاً، قال: من أين أصبَّتها؟ قال: كنتُ أُنَجِّرُ، قال: انظر رأسَ مالك ورزقك فخذهُ، واجعل الآخرَ في بيتِ المال.

(٥) "البحر": كتاب الكفالة ٦/٢٣٦، وفيه: ((نبي ابن نبي ابن نبي)) كَرَّرَ كلمةَ ((نبي)) ثلاث مراتٍ فقط.

وأراد به ((عَمَالِ بَيْتِ الْمَالِ)) خَدَمَتُهُ الَّذِينَ يَحْبُونَ أَمْوَالَهُ، وَمِنْ ذَلِكَ كَتَبْتُهُ إِذَا تَوَسَّعُوا فِي الْأَمْوَالِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ دَلِيلٌ عَلَى خِيَانَتِهِمْ. وَيُلْحَقُ بِهِمْ كَتَبَةُ الْأَوْقَافِ وَنُظَارُهَا إِذَا تَوَسَّعُوا وَتَعَاطَوْا أَنْوَاعَ اللَّهْوِ وَبَنَاءَ^(١) الْأَمَاكِنِ، فَلِلْحَاكِمِ اخْتِذُ الْأَمْوَالِ مِنْهُمْ وَعَزْلُهُمْ، فَإِنْ عَرَفَ خِيَانَتَهُمْ فِي وَقْفٍ مُعَيَّنٍ رَدَّ^(٢) الْمَالَ إِلَيْهِ، وَإِلَّا وَضَعَهُ فِي بَيْتِ الْمَالِ، "نَهْر" ^(٣) و"بَحْر" ^(٤)، وَفِي "التَّلْخِصِ" ^(٥): ((لَوْ كَفَلَ الْحَالُ مُوجَّلاً تَأَخَّرَ عَنِ الْأَصِيلِ وَلَوْ قَرَضَا؛ لِأَنَّ الدَّيْنَ وَاحِدٌ)). قُلْتُ: وَقَدْ مَنَّا أَنَّهَا حِيلَةٌ تَأْجِيلِ الْقَرْضِ،

[٢٥٧٦٦] (قَوْلُهُ: وَيُلْحَقُ بِهِمْ إِنْ خَالَجَ) قَالَ السَّيِّدُ "الْحَمَوِيُّ": ((هَذَا مِمَّا يُعْلَمُ وَيُكْتَمُ، وَلَا تَحْجُوزُ الْفَتْوَى بِهِ؛ لِأَنَّهُ يَكُونُ ذَرْعًا إِلَى مَا لَا يَحْجُوزُ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ حُكَّامَ زَمَانِنَا لَوْ أَفْتَوْا بِهَذَا وَصَادَرُوا مَنْ ذَكَرَ لَا يَرُدُّونَ الْأَمْوَالِ إِلَى الْأَوْقَافِ وَإِنْ عُلِمَتْ أَعْيَانُهَا، وَلَا لِبَيْتِ الْمَالِ، بَلْ يَصْرِفُونَهَا فِيمَا لَا يَلِيْقُ ذِكْرُهُ، فَلْيَكُنْ هَذَا عَلَى ذِكْرٍ مِنْكَ)) اهـ. قُلْتُ: وَالْفَاعِلُ لِهَذَا "عَمْرٌ" وَأَيْنَ "عَمْرٌ"؟ "ط" ^(٦).

[٢٥٧٦٧] (قَوْلُهُ: وَفِي "التَّلْخِصِ" إِنْ خَالَجَ) قَدْ مَنَّا^(٧) عِنْدَ قَوْلِهِ: ((وَلَوْ أَبْرَأَ الْأَصِيلُ أَوْ أَخَّرَ عَنْهُ بَرِيءَ الْكَفِيلِ، وَلَا يَنْعَكِسُ)) أَنَّ هَذَا مُخَالِفٌ لِمَا فِي كُلِّ الْكُتُبِ وَلَا يَحْجُوزُ الْعَمَلُ بِهِ، بَلْ يَتَأَخَّرُ عَنِ الْكَفِيلِ فَقَطْ دُونَ الْأَصِيلِ. [٢٥٧٦٨] (قَوْلُهُ: وَقَدْ مَنَّا) أَي: قَبِيلَ فَصْلِ الْقَرْضِ^(٨)، وَذَكَرْنَا هُنَاكَ^(٩) أَيْضًا مَا فِيهِ كِفَايَةٌ.

(١) فِي "و": ((وَبَنَاءَ)).

(٢) فِي "ط": ((وَرَدَ)) بَوَاوِ الْعَطْفِ، وَهُوَ خَطَأٌ.

(٣) "النَّهْرُ": كِتَابُ الْكَفَالَةِ ق ١٦/٤١ - ب

(٤) "الْبَحْرُ": كِتَابُ الْكَفَالَةِ ٢٣٦/٦ بِاخْتِصَارٍ.

(٥) هُوَ "تَلْخِصُ الْجَامِعِ الْكَبِيرِ لِلْخِلَاطِيِّ" (ت ٦٥٢هـ)، وَتَقَدَّمَتْ تَرْجُمَتُهُ ١٣٦/٣.

(٦) "ط": كِتَابُ الْكَفَالَةِ ١٦٤/٣.

(٧) الْمَقُولَةُ [٢٥٦٣٤] قَوْلُهُ: ((لِأَنَّ تَأْجِيلَهُ عَلَى الْكَفِيلِ تَأْجِيلٌ عَلَيْهِمَا)).

(٨) ١٩٣/١٥ "دَرْ".

(٩) الْمَقُولَةُ [٢٤٢٥٠] قَوْلُهُ: ((لِأَنَّ الدَّيْنَ وَاحِدٌ)).

وسيجيء أن للمديون السَّفرَ قبلَ حُلُولِ الدَّينِ، وليس للدَّائِنِ مَنَعُهُ ولكنَّ يُسَافِرُ معه، فإذا حَلَّ مَنَعُهُ لِيُوفِيَهُ، واستحسنَ "أبو يوسف" أَخَذَ كَفِيلَ شهرًا لامرأةٍ طَلَبَتْ كَفِيلًا بِالنَّفَقَةِ لِسَفَرِ الزَّوْجِ، وعليه الفتوى.

[٢٥٧٦٩] (قوله: وسيجيء) أي: في فصلِ الحبسِ من كتابِ القضاء^(١).

[٢٥٧٧٠] (قوله: وليس للدَّائِنِ مَنَعُهُ إلخ) وكذا ليس له أن يُطَالِبَهُ بإعطاءِ الكفيلِ وإن قُرِبَ حُلُولُ الأجلِ كما في الأقضية، وذكرَ في "المنتقى": ((يُطَالِبُهُ بإعطاءِ الكفيلِ وإن كان الدَّينُ مُوجِبًا))، وتَمَامُهُ في التَّاسِعِ والعشرينَ من "نور العين"^(٢)؛ وفَصَّلَ في "القنية"^(٣): ((بأنه إن عُرِفَ المديونُ بِالْمُطَلِّ والتَّسْوِيفِ يأخُذُ الكفيلَ وإلا فلا)) اهـ. فالأقوالُ ثلاثة.

[٢٥٧٧١] (قوله: واستحسنَ إلخ) وفي "الظَّهيريَّة"^(٤): ((قالت: زوجي يريدُ أن يغيبَ فخذُ بالنَّفَقَةِ كَفِيلًا لا يُجِيبُهَا الحَاكِمُ إلى ذلك؛ لأنَّها لم تَجِبْ بعدُ، واستحسنَ "الإمامُ الثَّانِي" أَخَذَ الكفيلَ رَفَقًا بِهَا، وعليه الفتوى، ويُحْصَلُ كأنَّه كَفَلَ بِمَا ذَابَ لَهَا عَلَيْهِ)) اهـ "بحر"^(٥) عندَ قوله: ((وَتَصِحُّ بِالنَّفْسِ وإن تَعَدَّدَتْ)). قال في "النَّهْر"^(٦): ((وظَاهِرُهُ يُفِيدُ أَنَّهُ يَكُونُ كَفِيلًا بِنَفَقَتِهَا عِنْدَ الثَّانِي "ما دَامَ غَائِبًا، وَوَقَعَ فِي كَثِيرٍ مِنَ الْعِبَارَاتِ أَنَّهُ اسْتَحْسَنَ أَخَذَ الكفيلَ بِنَفَقَةِ شهرٍ، وَقَدْ قَالُوا - كما في "المَجْمَعُ" -: لو كَفَلَ لَهَا بِنَفَقَةِ كُلِّ شَهْرٍ لَزِمَتْهُ مَا دَامَ النِّكَاحُ بَيْنَهُمَا عِنْدَ "أَبِي يُوسُفَ"، وَقَالَا: يَلْزِمُهُ^(٧) نَفَقَةُ شَهْرٍ)) اهـ. وَقَدَّمَ "الشَّارِحُ"^(٨) نَحْوَ هَذَا عَنْ "الْحَانِيَّةِ" عِنْدَ قَوْلِ "المُصَنِّفِ": ((وَب: مَا بَايَعَتْ فُلَانًا فَعَلِيَ))، لَكِنْ هَذَا فِيمَا لو كَفَلَ بِلَا إِجْبَارٍ.

(١) ص ٣٨ - "در".

(٢) "نور العين": الفصل التاسع والعشرون في الكفالة الفاسدة ق ١٢٨/أ.

(٣) "القنية": كتاب الكفالة - باب ما يكون كفالة ق ١٥٦/أ، نقلًا عن "فتاوى العصر" لعلي السغدّي وعلاء الدين التاجري، وشمس الأئمة الحلواني، ومجد الدين البخاري.

(٤) لم نثر عليها في مظانها من "الفتاوى الظهيرية".

(٥) "البحر": كتاب الكفالة ٢٢٥/٦.

(٦) "النهر": كتاب الكفالة ق ٤١٣/ب باختصار.

(٧) في "ك": ((وقالا: لا يلزمه)) بزيادة ((ولا))، وهو تحريف.

(٨) ص ٨٣ - "در".

وقاسَ عليه في "المحيط" بقيةَ الديون، لكنه معَ الفارقِ كما في "شرح الوهبانية" للشرنبلالي^(١)، لكن في "المنظومة المحيية"^(٢):

لو قال: مديوني مُراذه السَّفرَ وأجلُ الدَّينِ عليه ما استقرَّ
وطلبَ التكفيلَ قالوا: يلزمُ عليه إعطاءُ كفيلٍ يُعلمُ

والظاهرُ أنَّ ما وَقَعَ في كثيرٍ من العباراتِ فيما إذا أرادَ القاضي إجبارَهُ على إعطاءِ كفيلٍ. نَعَمْ في "نور العين"^(٣) عن "الخلاصة"^(٤): ((لو عَلِمَ القاضي أنَّ الزَّوجَ يَمَكُثُ في السَّفرِ أَكْثَرَ مِنْ شهرٍ يأخُذُ الكفيلَ بِأَكْثَرِ مِنْ شهرٍ عندَ "أبي يوسف") اهـ.

[٢٥٧٧٢] (قوله: وقاسَ عليه إلخ) في "البحر"^(٥) عن "المحيط" بعدَ ما مرَّ^(٦) عن "أبي يوسف": ((لو أَفْتِيَ بِقَوْلِ "الثَّانِي" فِي سَائِرِ الدِّيُونِ بِأَخْذِ الكفيلِ كَانَ حَسَنًا رِفْقًا بِالنَّاسِ)) اهـ، قال^(٧): ((وفي "شرح المنظومة" لـ "ابن الشُّحْنَة"^(٨): هذا ترجيحٌ مِنْ صاحبِ "المحيط") اهـ. ومثلهُ في "النهر"^(٩).

[٢٥٧٧٣] (قوله: لكنه معَ الفارقِ) عبارةُ "الشرنبلالي" في "شرحه": ((لكنَّ الفرقَ ظاهرٌ بينَ نفقةِ المرأةِ التي يُؤدِّي تَرَكُّها إلى هلاكِها وبينَ دَيْنِ الغريمِ الذي ليس كذلك)) اهـ. قلتُ: ورأيتُ بخطَّ شيخٍ مشايخنا "التركماني"^(١٠): ((وتعليقُ الرِّفقِ مِنْ صاحبِ "المحيط" والصدَّرَ الشَّهيدُ يُفيدُ أَنَّهُ لَا فَرْقَ بَيْنَ نَفَقَةِ الْمَرْأَةِ وَبَيْنَ دَيْنِ الْغَرِيمِ، وَأَيُّ رِفقٍ فِي أَنْ يُقَالَ لِصَاحِبِ الدَّيْنِ: سَافِرٌ مَعَهُ إِلَى أَنْ يَحِلَّ الْأَجَلُ؛ إِذْ رُبَّمَا يَصْرِفُ فِي السَّفَرِ أَكْثَرَ مِنْ دَيْنِهِ؟ فَلَوْ أَفْتِيَ

(١) "المنظومة المحيية": فصل من كتاب الكفالة ص ٥٣-٥٤، بتصريف وترتيب آخر للأبيات.

(٢) "نور العين": الفصل التاسع والعشرون في التصرفات الفاسدة وأحكامها - الكفالة الفاسدة ق ١٢٨/١.

(٣) "الخلاصة": كتاب النكاح - الفصل التاسع عشر في النفقات ق ٨٩/ب بتصريف.

(٤) "البحر": كتاب الكفالة ٢٢٥/٦.

(٥) في المقولة السابقة.

(٦) أي: صاحب "البحر": كتاب الكفالة ٢٢٥/٦.

(٧) "تفصيل عقد الفرائد": فصل من كتاب الكفالة والحوالة ٢٨٤/١.

(٨) "النهر": كتاب الكفالة ق ٤١٣/ب.

(٩) هو علي بن محمد بن سالم التركماني، أمين الفتوى بدمشق (ت ١١٨٢هـ)، له تعليقات وحواشٍ كثيرة على الكتب.

(عقود الآلي في الأسانيد العوالي" لابن عابدين ص ١٩ - ٢٢).

لو حُسِنَ الكفيلُ قالوا: جازَ لَهُ
لأنَّه قد كان ذا لأجلِهِ
ثمَّ الكفيلُ إنْ يَمُتَ قبلَ الأجلِ
عليه فالوارثُ إنْ أدَّاهُ لم
إذا أرادَ حَسَنَ مَنْ قد كَفَلَهُ
حُسِنَ فليُجازِهِ بِفِعْلِهِ
لاشكَّ أنَّ الدَّيْنَ في ذا الحالِ حَلٌّ
يرجعُ به مِنْ قَبْلِ ما التَّأجيلُ تَمَّ

يقول صاحب [١/٨٥: ٣] "المحيط" و"حسام الدين الشهيد" و"المنتقى" و"المحبية" كان حسناً، وفيه حفظ لحقوق العباد من الضياع والتلف خصوصاً في هذا الزمان)) اهـ. ونحوه في "مجموعة السائحاني"، وإليه يميل كلام "الشارح" بقرينة الاستدراك عليه، وفي "البيري" عن "خزاعة الفتاوى": ((ياخذُ كفيلاً أو رهناً بحقه وإن كان ظاهرُ المذهبِ عدَمَهُ، لكنَّ المصلحةَ في هذا؛ لما ظهرَ مِنَ التَّعَسُّرِ والجورِ في النَّاسِ)) اهـ. ثمَّ رأيتُ المفتي "أبا السُّعود" أفتى به في "معروضاته".

[٢٥٧٧٤] (قوله: لو حُسِنَ الكفيلُ^(١) (إلخ) تقدَّم^(٢)) هذا في قول "المتن": ((وإذا حبسه له حبسه))، وتقدَّم^(٣) بيانُ شروطِهِ. وقوله: ((حَسَنَ)) بالنَّصب؛ لأنَّه تنازَعَ فيه ((جازَ)) و((أرادَ))، وأعملُ الثاني وأضمرُ للأوَّلِ مرفوعةً، ولو أعملُ الأوَّلَ لوجبَ أنْ يُقالَ: وأرادَهُ، بإبرازِ الضَّميرِ، فافهم.

[٢٥٧٧٥] (قوله: ثمَّ الكفيلُ (إلخ) تقدَّم^(٤)) هذا أيضاً عند قول "المصنّف": ((وإذا حلَّ على الكفيلِ مِمَّا يَجِبُ عَلَى الْأَصِيلِ)).

[٢٥٧٧٦] (قوله: مِنْ قَبْلِ ما التَّأجيلُ تَمَّ) ((ما)) مصدريةٌ، و((التَّأجيلُ)) فاعلٌ لفعلٍ محذوفٍ دَلَّ عليه المذكورُ وهو ((تَمَّ))، فافهم، واللهُ سبحانه أعلمُ.

(١) في "النسخ جميعها": ((المديون))، وما أثبتناه من "المنظومة المحبية"، وهو الموافق "النسخ الدر".

(٢) ص ١٢٨ - "در".

(٣) المقولة [٢٥٦٢٠] قوله: ((هذا إذا كفَّلَ بأمْرِهِ (إلخ)).

(٤) ص ٣٩ - "در".

﴿بابُ كفالة الرجلين﴾

(دَيْنٌ عليهما لآخرَ) بأن اشترَيَا مِنْهُ عبداً بمائةٍ (وكفَلَ كلُّ عن صاحبه) بأمرِهِ.....

﴿بابُ كفالة الرجلين﴾

شُرِيعٌ فيما هو كالمُرْكَبِ بعدَ الفراغِ مِنَ المفردِ، "ط"^(١).

[٢٥٧٧٧] (قوله: بأن اشترَيَا مِنْهُ عبداً بمائةٍ) أشارَ إلى استواءِ الدَّيْنَيْنِ صفةً وسبباً، فلو اختلفا صفةً بأن كان ما عليه - أي: ما على المؤدِّي - مُوجَّلاً وما على صاحبه حالاً، فإذا أَدَّى صحَّ تعيينُهُ عن شريكِهِ ورجعَ به عليه، وعلى عكسِهِ لا يرجعُ؛ لأنَّ الكفيلَ إذا عَجَلَ دَيْناً مُوجَّلاً ليس له الرجوعُ على الأصيلِ قبلَ الحلُولِ، ولو اختلفَ سببُهُما نحوُ أن يكونَ ما على أحدهما قَرْضاً وما على الآخرِ ثَمَنٌ مبيعٍ فإنه يَصِحُّ تعيينُ المؤدِّي؛ لأنَّ النِّيةَ في الجنسَيْنِ المختلفَيْنِ مُعتبرَةٌ، وفي الجنسِ الواحدِ لغوٌ، "بحر"^(٢) عن "الفتح"^(٣).

[٢٥٧٧٨] (قوله: وكفَلَ كلُّ عن صاحبه) فلو كفَلَ أحدهما عن صاحبه دونَ الآخرِ وأَدَّى الكفيلُ فجعَلَهُ عن صاحبه فإنه يُصَدِّقُ، "بحر"^(٤).

[٢٥٧٧٩] (قوله: بأمرِهِ) وإلا فلا رجوعُ بشيءٍ أصلاً.

﴿بابُ كفالة الرجلين﴾

(قوله: فلو كفَلَ أحدهما عن صاحبه دونَ الآخرِ إلخ) هذه المسألةُ واردةٌ على توجيهِ مسألةِ "المصنَّف" بما ذَكَرَهُ "الشَّارَحُ"، إذ مُقتَضاهُ أن لا يَصِحُّ تعيينُهُ أيضاً فيها، إلا أنَّ العِلَّةَ الثَّانِيَةَ ظاهرةٌ فيها.

(١) "ط": كتاب الكفالة - باب كفالة الرجلين ١٦٥/٣.

(٢) "البحر": كتاب الكفالة - باب كفالة الرجلين والعبدین ٢٦٢/٦.

(٣) "الفتح": كتاب الكفالة - باب كفالة الرجلين ٣٣٧/٦.

(٤) "البحر": كتاب الكفالة - باب كفالة الرجلين والعبدین ٢٦٣/٦.

(جائز ولم يرجع على شريكه إلا بما أداه زائداً على النصف)؛ لرُححانِ جهة الأصالة على النيابة؛ ولأنه لو رجَعَ بنصفه لأدّى إلى الدور، "درر"^(١).

[٢٥٧٨٠] (قوله: زائداً على النصف) المراد أن يكون زائداً على ما عليه ولو كان دون النصف أو أكثر، "ط"^(٢).

[٢٥٧٨١] (قوله: لرُححانِ جهة الأصالة على النيابة) لأنَّ الأول^(٣) دَينٌ عليه، والثاني مُطالبٌ بلا دينٍ، ثم هو تابعٌ فوجبَ صَرَفُ المؤدّى إلى الأقوى حتّى على القولِ بجعلِ الدّينِ على الكفيل مع المطالبة، فإنّ ما عليه بالأصالة أقوى، فإنّ مَنْ اشترى في مرضِ موته شيئاً كان من كلّ المال ولو مديوناً، ولو كفَلَ كان من الثلثِ إلّا إذا كان مديوناً فلا يحوزُ، أفادته في "الفتح"^(٤).

[٢٥٧٨٢] (قوله: لأدّى إلى الدور) لأنه لو جُعِلَ شيءٌ من المؤدّى من^(٥) صاحبه فلصاحبه أن يقول: أدّوك كأدائي، فإن جعلت شيئاً من المؤدّى عني ورجعت عليّ بذلك فلي أن أجعل المؤدّى عنك كما لو أدّيتُ بنفسِي فيُفْضَى إلى الدور، كذا في "الكفاية"^(٦)، وذكر في "الفتح"^(٧): ((أنه ليس المراد حقيقة الدور، فإنّه توقّف الشيء على ما توقّف عليه^(٨)، بل اللازم في الحقيقة التسلسل في الرجوعات بينهما، فيمتنع الرجوع المؤدّي إليه))، وتمامه فيه.

(١) "درر": كتاب الكفالة - فصل: لهما دينٌ على آخر فكفل أحدهما بنصيب إلخ ٣٠٦/٢.

(٢) "ط": كتاب الكفالة - باب كفالة الرجلين ١٦٥/٣.

(٣) في الأصل: ((الأولى)).

(٤) "الفتح": كتاب الكفالة - باب كفالة الرجلين ٣٣٧/٦.

(٥) في النسخ جميعها ((عن))، وما أثبتناه من "الكفاية".

(٦) "الكفاية": كتاب الكفالة - باب كفالة الرجلين ٣٣٨/٦ (ذيل "فتح القدير").

(٧) "الفتح": كتاب الكفالة - باب كفالة الرجلين ٣٣٨/٦.

(٨) عبارة "الفتح": ((ما يتوقف عليه)).

(وإن كَفَلَا عن رَجُلٍ بشيءٍ بالتَّعاقُبِ) بأن كان على رَجُلٍ دَيْنٌ فَكَفَلَ عنه رَجُلَانِ كُلُّ واحدٍ مِنْهُمَا بِمَجْمُوعِهِ مُنفَرِداً (ثُمَّ كَفَلَ كُلُّ) مِنَ الْكَفِيلَيْنِ (عن صاحبه) بِأَمْرِهِ

[٢٥٧٨٣] (قوله: كُلُّ واحدٍ مِنْهُمَا بِمَجْمُوعِهِ مُنفَرِداً) قَيَّدَ بقوله: ((بمجموعه)) للاحتراز عما لو تكفَّلَ كُلُّ واحدٍ مِنْهُمَا بالنِّصفِ ثُمَّ تكفَّلَ كُلُّ عن صاحبه، فهي كالمسألة الأولى في الصَّحِيح، فلا يرجع حتَّى يَرِيدَ على النِّصفِ. ويقولُه: ((مُنْفَرِداً)) - وهو حالٌ من ((كُلِّ)) - للاحتراز عما لو تكفَّلَا عن الأصيلِ بِمَجْمُوعِ الدَّيْنِ معاً ثُمَّ تكفَّلَ كُلُّ واحدٍ مِنْهُمَا عن صاحبه فهو كذلك؛ لأنَّ الدَّيْنِ ينقسمُ عليهما نصفين، فلا يكونُ كفيلاً عن الأصيلِ بِالمَجْمُوعِ كما في "البحر"^(١)، وفي "نور العين"^(٢) عن "النهاية" عن "الشافعي"^(٣): ((ثلاثةٌ كَفَلُوا بِالْفِ يَطْلُبُ كُلُّ واحدٍ ثُلُثَ الألفِ، وإن كَفَلُوا على [١٨٥/٣]ب التَّعاقُبِ يَطْلُبُ كُلُّ واحدٍ بِالْفِ، كذا ذَكَرَهُ شمسُ الأئمةِ السَّرْحَسِيُّ^(٤))) و"المرغيناني" و"الشمُرتاشي"^(٥))) اهـ.

[٢٥٧٨٤] (قوله: ثُمَّ كَفَلَ كُلُّ مِنَ الْكَفِيلَيْنِ عن صاحبه) قَيَّدَ به لأنَّه بدونِ ذلك لا رُجُوعٌ لأحدهما على الآخرِ، وفي "الهندية"^(٥) عن "المحيط"^(٦): ((كَفَلَ ثلاثةٌ عن رجلٍ بِالْفِ فأدَّى أحدهم برؤوا جميعاً، ولا يرجعُ على صاحبه شيءٌ، ولو كان كُلُّ واحدٍ كفيلاً عن صاحبه رَجَعَ المؤدِّي عليهما بالثلثين، ولصاحب المالِ أنْ يَطْلُبَ كُلُّ واحدٍ مِنْهُمَا بِالْفِ، هذا إذا ظَفَرَ - أي: المؤدِّي - بِالْكَفِيلَيْنِ، فإن ظَفَرَ بأحدهما رَجَعَ عليه بالنِّصفِ، ثُمَّ رَجَعَ على الثالثِ بالثلثِ، ثُمَّ رَجَعُوا جميعاً على الأصيلِ بِالْفِ، وإن ظَفَرَ بالأصيلِ قَبْلَ أنْ يظَفَرَ بصاحبه رَجَعَ عليه بِمَجْمُوعِ الألفِ)) اهـ.

(١) "البحر": كتاب الكفالة - باب كفالة الرجلين والعبدین ٢٦٣/٦.

(٢) "نور العين": الفصل التاسع والعشرون في التصرفات الفاسدة وأحكامها ق ١٢٧/ب.

(٣) لعله لشمس الأئمة الكردي، وتقدم ترجمته ٢٠٦/١٢.

(٤) "المبسوط": كتاب الكفالة - باب الكفالة بالنفس إلخ ١٨٢/١٩ - ١٨٣.

(٥) "الفتاوى الهندية": كتاب الكفالة - الباب الرابع في كفالة الرجلين ٢٨٤/٣.

(٦) أي: "محيط السرخسي"، كما في "الفتاوى الهندية".

بالجميع، وبهذه القيود خالفت الأولى، (فما أدّى^(١)) أحدهما (رجع بنصفه على شريكه)؛ لكون الكل كفالة هنا، (أو) يرجع إن شاء (بالكل على الأصيل)؛ لكونه كفلاً بالكل بأمره. (وإن أبرأ^(٢)) الطالب أحدهما أخذ الطالب الكفيل (الآخر....

[٢٥٧٨٥] (قوله: بالجميع) احتراز عما لو تكفل كل عن الأصيل بالجميع متعاقباً، ثم كفّل كل واحدٍ منهما عن صاحبه بالنصف، فإنه كالأولى كما في "البحر"^(٣).

[٢٥٧٨٦] (قوله: وبهذه القيود) أي: كون كفالة كل منهما عن الأصيل بالجميع، وكونها على التعاقب، وكون كفالة كل واحدٍ منهما عن صاحبه بالجميع أيضاً.

[٢٥٧٨٧] (قوله: خالفت الأولى) أي: في الحكم، وإلا فالموضوع مختلف، فإن أصل الدين في الأولى عليهما لآخر، وفي الثانية على غيرهما وقد كفلا به.

[٢٥٧٨٨] (قوله: رجع بنصفه على شريكه) أي: ثم يرجعان على الأصيل؛ لأنهما أديا عنه أحدهما بنفسه والآخر بنائبه، "بحر"^(٤).

[٢٥٧٨٩] (قوله: لكون الكل كفالة هنا) أي: ما عن نفسه وما عن الكفيل الآخر، فلا ترجيح للبعض على البعض ليقع النصف الأول عن نفسه خاصة، بخلاف ما تقدم^(٥)، وتماؤه في "الفتح"^(٦).

[٢٥٧٩٠] (قوله: أخذ الآخر ضبطه في "النهر"^(٧)) بالمد، وهو غير متعين، ففي "المصباح"^(٨): ((أخذ الله: أهلكه، وأخذته بذنبه: عاقبه عليه، وأخذته بالمد مؤاخذه كذلك)) اهـ.

(١) في "و": ((أداه)).

(٢) في "د": ((إبراء)).

(٣) "البحر": كتاب الكفالة - باب كفالة الرجلين والعبد ٢٦٣/٦.

(٤) ص ١٩٥ وما بعدها "در".

(٥) انظر "الفتح": كتاب الكفالة - باب كفالة الرجلين ٣٣٩/٦.

(٦) هذا الموضوع ساقط من مخطوطة "النهر" التي بين أيدينا.

(٧) "المصباح": مادة ((أخذ)).

بكلِّه) بِحُكْمٍ^(١) كفالتيه. (ولو افترقا المفاوضان) وعليهما دَيْنٌ (أخذَ الغريمُ أيًّا) شاءَ (منهما بكلِّ الدَّينِ)؛ لتضمُّنِها الكفالة كما مرَّ، (ولا رُجوعَ) على صاحبه (حتى يُؤدِّي أكثرَ من النصفِ)؛ لما مرَّ.

[٢٥٧٩١] (قوله: بكلِّه) لأنَّ إبراءَ الكفيل لا يُوجبُ إبراءَ الأصل، والثاني كفيلٌ عنه بكلِّه فيأخذه بكلِّه، "نهر"^(٢).

[٢٥٧٩٢] (قوله: ولو افترقا المفاوضان) قيَّدَ بالمفاوضين لأنَّ شريكَي العنان لو افترقا وثمة دَيْنٌ لم يأخذ الغريمُ أحدهما إلَّا بما يخصُّه، "نهر"^(٣).

[٢٥٧٩٣] (قوله: أخذَ الغريمُ) يُطلقُ الغريمُ على مَنْ له الدَّينُ ومَنْ عليه، كما في "ط"^(٤) عن "الدُّستور"^(٥).

[٢٥٧٩٤] (قوله: لتضمُّنِها الكفالة) ولا تبطلُ بالافتراق، "ط"^(٦) عن "الإتقاني".

[٢٥٧٩٥] (قوله: كما مرَّ أي: في كتاب الشَّرْكَةِ)^(٧).

[٢٥٧٩٦] (قوله: لما مرَّ^(٨)) أي: في المسألة الأولى من أنه أصيلٌ في النصف وكفيلٌ في

الآخر، فما أدَّى يُصرفُ إلى ما عليه بحقِّ الأصاله، فإنَّ زادَ على النصف كان الزائدُ عن الكفالة فيرجعُ، "نهر"^(٩).

(١) في "ط": ((بحكم)) بالياء المنة، وهو خطأ.

(٢) "نهر": كتاب الكفالة - باب كفالة الرجلين والعبدین ق٤٢٣/١ بتصرف.

(٣) "نهر": كتاب الكفالة - باب كفالة الرجلين والعبدین ق٤٢٣/١.

(٤) "ط": كتاب الكفالة - باب كفالة الرجلين ١٦٥/٣.

(٥) لعلَّه "دستور اللغة" لأبي عبد الله حسين بن إبراهيم، بديع الزمان النطنزي الأصبهاني (ت٤٩٩هـ). ("كشف

الفلون" ٧٥٤/١، "بغية الوعاة" ٥٢٨/١، "الأعلام" ٢٢٩/٢).

(٦) "ط": كتاب الكفالة - باب كفالة الرجلين ١٦٥/٣.

(٧) ٢٧٨/١٣ - ٢٧٩ "در".

(٨) ص١٩٥ وما بعدها "در".

(٩) "نهر": كتاب الكفالة - باب كفالة الرجلين والعبدین ق٤٢٣/١.

(كَاتَبَ عَبْدِيهِ كِتَابَةً وَاحِدَةً وَكَفَلَ كُلَّ) مِنَ الْعَبْدَيْنِ (عَنْ صَاحِبِهِ صَحَّ) اسْتَحْسَانًا،
(و) حِينَئِذٍ (مَا أَدَّى أَحَدُهُمَا رَجَعَ) عَلَى صَاحِبِهِ (بِنَصْفِهِ)؛ لَأَسْتَوَاتُهُمَا، (وَلَوْ أَعْتَقَ)
الْمَوْلَى (أَحَدَهُمَا) وَالْمَسْأَلَةُ بِمَجَالِهَا (صَحَّ) وَأَخَذَ^(١) أَيَّ شَاءَ مِنْهُمَا بِمَحْصَةٍ مَنْ لَمْ يُعْتَقْهُ،
الْمُعْتَقَ بِالْكَفَالَةِ وَالْآخَرَ بِالْأَصَالَةِ،.....

[٢٥٧٩٧] (قَوْلُهُ: كِتَابَةً وَاحِدَةً) بَأَنَّ قَالَ: كَاتَبْتُهُمَا عَلَى أَلْفٍ إِلَى سَنَةٍ. قَبِدَ بِالْوَحْدَةِ
لَأَنَّهُ لَوْ كَاتَبَ كَلًّا عَلَى حِدَةٍ فَكَفَلَ كُلُّ مِنْهُمَا عَنْ صَاحِبِهِ بِيَدَلِ الْكِتَابَةِ لِلْمَوْلَى لَا يَصِحُّ
قِيَاسًا وَاسْتَحْسَانًا. اهـ "كفاية"^(٢).

[٢٥٧٩٨] (قَوْلُهُ: صَحَّ اسْتَحْسَانًا) وَالْقِيَاسُ: أَنْ لَا يَصِحُّ؛ لَأَنَّهُ شَرَطَ فِيهِ كِفَالَةَ الْمُكَاتَبِ
وَالْكَفَالَةَ بِيَدَلِ الْكِتَابَةِ، وَكُلُّ ذَلِكَ بَاطِلٌ، فَيَكُونُ شَرْطُهَا فِي الْكِتَابَةِ مُقْسِدًا. وَجَهُ الْاسْتَحْسَانِ:
أَنَّ هَذَا عَقْدٌ يَحْتَمِلُ الصَّحَّةَ بَأَنَّ يُجْعَلَ كُلُّ وَاحِدٍ فِي حَقِّ الْمَوْلَى كَأَنَّ الْمَالَ كُلَّهُ عَلَيْهِ وَعَتَقُ
الْآخَرَ مُعْلَقًا بِأَدَائِهِ، فَيُطَالَبُ كُلُّ مِنْهُمَا بِجَمِيعِ الْمَالِ بِحُكْمِ الْأَصَالَةِ لَا بِحُكْمِ الْكَفَالَةِ، وَفِي الْحَقِيقَةِ
الْمَالُ مُقَابِلٌ بَيْنَهُمَا حَتَّى يَكُونُ مُنْقِسِمًا عَلَيْهِمَا، وَلَكِنَّا قَدَرْنَا الْمَالَ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا
تَصْحِيحًا لِلْكِتَابَةِ، وَفِيمَا وَرَاءَ ذَلِكَ الْعَبْرَةُ لِلْحَقِيقَةِ، "كفاية"^(٣).

[٢٥٧٩٩] (قَوْلُهُ: الْمُعْتَقَ) مَبْنِيٌّ لِلْمَجْهُولِ، وَ((الْآخَرَ)) مَعْطُوفٌ عَلَيْهِ مَنْصُوبَانِ عَلَى
الْبَدَلِيَّةِ مِنْ ((أَيَّ شَاءَ))، أَوْ مَرْفُوعَانِ بِفِعْلِ مَحْذُوفٍ ذَلَّ عَلَيْهِ الْمَذْكُورُ، أَوْ عَلَى الْإِبْتِدَاءِ وَالْخُسْرِ
مَحْذُوفٌ، أَي: مُوَاخَذٌ.

(قَوْلُهُ: وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَصِحُّ؛ لَأَنَّهُ شَرَطَ فِيهِ كِفَالَةَ الْمَكَاتَبِ الْخ) الْأَوَّلَى مَا قَالَهُ "الزَّيْلَعِيُّ"^(٤): ((لَأَنَّ
فِيهِ كِفَالَةَ الْمَكَاتَبِ وَالْكَفَالَةَ بِيَدَلِ الْكِتَابَةِ، وَكُلُّ مِنْهُمَا بِانْفِرَادِهِ بَاطِلٌ، وَعِنْدَ الْإِنْفِرَادِ أَوَّلَى)) اهـ.
(قَوْلُ "الشَّارِحِ": لَأَسْتَوَاتُهُمَا) لَكِنْ مُفْتَضَى مَا قَدَّمَهُ "الشَّارِحُ" مِنْ رُجْحَانِ جِهَةِ الْأَصَالَةِ عَلَى
جِهَةِ النَّيَابَةِ أَنَّهُ لَا يَرْجِعُ إِلَّا مَا زَادَ عَلَى نَصْبِهِ.

(١) فِي "ب": ((وَأَخَذَ)) بِالْمَذ.

(٢) "الْكِفَايَةُ": كِتَابُ الْكِفَالَةِ - بَابُ كِفَالَةِ الرَّجُلَيْنِ ٦/٣٤٠ بَتَصَرَّفَ (ذَيْلُ "فَتْحِ الْقَدِيرِ").

(فإن آخَذَ^(١) الْمُعْتَقَ رَجَعَ عَلَى صَاحِبِهِ؛ لِكِفَالَتِهِ، (وإن آخَذَ^(٢) الْآخَرَ لَا؛ لأَصَالَتِهِ. (وإذا كَفَلَ) شخصٌ (عن عبدٍ مَالاً) موصوفاً بِكَوْنِهِ (لَمْ يَظْهَرْ فِي حَقِّ مَوْلَاهُ) بَلْ فِي حَقِّهِ بَعْدَ عِتْقِهِ (ك: مَالٌ لَزِمَهُ بِإِقْرَارِهِ، أَوْ اسْتِقْرَاضٍ، أَوْ اسْتِهْلَاكِ وَدِيْعَةٍ فَهُوَ) أَي: الْمَالُ الْمَذْكُورُ (حَالاً) وَإِنْ لَمْ يُسَمَّهِ) أَي: الْحُلُولُ؛ لِحُلُولِهِ عَلَى الْعَبْدِ وَعَدَمُ مُطَالَبَتِهِ لِعُسْرَتِهِ، وَالْكَفِيلُ غَيْرُ مُعْسِرٍ،

- [٢٥٨٠٠] (قَوْلُهُ: لِكِفَالَتِهِ) أَي: يَرْجِعُ بِمَا أَذَاهُ عَنْهُ مِنْ بَدَلِ الْكِتَابَةِ؛ لِكِفَالَتِهِ بِأَمْرِهِ، وَجَازَتْ الْكِفَالَةُ بِيَدَلِ الْكِتَابَةِ هُنَا؛ لِأَنَّهَا فِي حَالَةِ الْبَقَاءِ، وَفِي الْإِبْتِدَاءِ كَانَ كُلُّ الْمَالِ عَلَيْهِ، "نَهْر"^(٣).
- [٢٥٨٠١] (قَوْلُهُ: لَمْ يَظْهَرْ فِي حَقِّ مَوْلَاهُ الْإِلْخ) أَفَادَ أَنَّ حُكْمَ مَا يَظْهَرُ - وَهُوَ مَا يُوَاعِذُ بِهِ لِلْحَالِ - كَذَلِكَ بِالْأَوَّلَى [١٨٦٥/٣] كَذَيْنِ الْاسْتِهْلَاكِ عِيَاناً، وَمَا لَزِمَهُ بِالتَّجَارَةِ بِإِذْنِ الْمَوْلَى، وَجَعَلَهُ "الزَّيْلَعِيُّ"^(٤) قَيْدًا احْتِرَازِيًّا، وَهُوَ سَهْوٌ، "بَحْر"^(٥).
- [٢٥٨٠٢] (قَوْلُهُ: لَزِمَهُ بِإِقْرَارِهِ) أَي: وَكَذَبَهُ الْمَوْلَى، "بَحْر"^(٦).
- [٢٥٨٠٣] (قَوْلُهُ: أَوْ اسْتِقْرَاضٍ) أَي: أَوْ تَبِعٍ، وَهُوَ مَحْجُورٌ عَلَيْهِ، "بَحْر"^(٧).
- [٢٥٨٠٤] (قَوْلُهُ: لِحُلُولِهِ عَلَى الْعَبْدِ) لَوْجُودِ السَّبَبِ وَقَبُولِ الذَّمَّةِ، "بَحْر"^(٨).
- [٢٥٨٠٥] (قَوْلُهُ: وَعَدَمُ مُطَالَبَتِهِ لِعُسْرَتِهِ) إِذْ جَمِيعُ مَا فِي يَدِهِ مِلْكُ الْمَوْلَى وَلَمْ يَرْضَ بِتَعَلُّقِ الدَّيْنِ بِهِ، "فَتْح"^(٩).
- [٢٥٨٠٦] (قَوْلُهُ: وَالْكَفِيلُ غَيْرُ مُعْسِرٍ) فَالْمَانِعُ الَّذِي تَحَقَّقَ فِي الْأَصِيلِ مُنْتَفِئٌ عَنِ الْكَفِيلِ

(١) فِي "ط": ((أَخَذَ)).

(٢) "النَّهْر": كِتَابُ الْكِفَالَةِ - بَابُ كِفَالَةِ الرَّجُلَيْنِ وَالْعَبْدَيْنِ ق ٤٢٣/ب.

(٣) "تَبْيِينَ الْحَقَائِقِ": كِتَابُ الْكِفَالَةِ - بَابُ كِفَالَةِ الرَّجُلَيْنِ وَالْعَبْدَيْنِ ١٧٠/٤.

(٤) "الْبَحْر": كِتَابُ الْكِفَالَةِ - بَابُ كِفَالَةِ الرَّجُلَيْنِ وَالْعَبْدَيْنِ ٢٦٤/٦.

(٥) "الْفَتْح": كِتَابُ الْكِفَالَةِ - بَابُ كِفَالَةِ الْعَبْدِ وَعَنْهُ ٣٤٢/٦.

ويرجع بعد عتقه لو بأمره، ولو كفل مؤجلاً تأجل كما مر.....

مع وجود المقتضي، وهو الكفالة المطلقة بمال غير مؤجل، فيطالب به في الحال كما لو كفل عن مفلس أو غائب يلزمه في الحال مع أن الأصل لا يلزمه، وتأمه في "الفتح" (١).

[٢٥٨٠٧] (قوله: ويرجع بعد عتقه) لأن الطالب لا يرجع عليه إلا بعد العتق، فكذا الكفيل؛ لقيامه مقامه، "بحر" (٢). وقوله: ((لو بأمره)) أي: لو كانت الكفالة بأمر العبد.

وبقي ما لو كفل بدين الاستهلاك المعائن، قال في "الفتح" (٣): ((ينبغي أن يرجع قبل العتق إذا أدى؛ لأنه دين غير مؤخر إلى العتق، فيطالب السيد بتسليمه رقبته أو القضاء عنه، وبحث أهل الدرس: هل المعتبر في هذا الرجوع الأمر بالكفالة من العبد أو السيد؟ وقوي عندي الثاني؛ لأن الرجوع في الحقيقة على السيد)) اهـ. قال في "النهر" (٤): ((ورأيت مقيداً عندي أن ما قوي عنده هو المذكور في "البدائع" (٥))، قال "ط" (٦): ((فلو كانت بأمر العبد لا يرجع عليه إلا بعد العتق، فالحاصل: أن ضمان العبد فيما لا يؤاخذ به حالاً صحيح، والرجوع عليه بعد العتق إن كان بأمره وضمانه فيما يؤاخذ (٧) به حالاً: إن كان بأمر السيد صح ورجع به حالاً عليه؛ وإن كان بأمر العبد صح ورجع به عليه بعد العتق، كذا يؤخذ من كلامهم)) اهـ.

[٢٥٨٠٨] (قوله: كما مر) أي: عند قول "المتن" (٨): ((ولا ينعكس)) من قوله: ((نعم

لو تكفل بالحال مؤجلاً تأجل عنهما إلخ)).

(١) انظر "الفتح": كتاب الكفالة - باب كفالة العبد وعنه ٣٤٢/٦.

(٢) "البحر": كتاب الكفالة - باب كفالة الرجلين والعبدان ٢٦٤/٦.

(٣) "الفتح": كتاب الكفالة - باب كفالة العبد وعنه ٣٤٢/٦.

(٤) "النهر": كتاب الكفالة - باب كفالة الرجلين والعبدان ق ٤٢٣/ب.

(٥) "البدائع": كتاب الكفالة - فصل: وأما رجوع الكفيل ١٦٣/٦.

(٦) "ط": كتاب الكفالة - باب كفالة الرجلين ١٦٦/٣.

(٧) في "الأصل": ((لا يؤاخذ)) بزيادة ((لا))، وهو خطأ.

(٨) ص ١٣ - "در".

(ادَّعى) شخصٌ (رَقَبَةً عَبْدٌ فَكَفَلَ بِهِ رَجُلٌ، فَمَاتَ الْعَبْدُ (المَكْفُولُ) قَبْلَ تَسْلِيمِهِ، (فَبَرَهَنَ الْمُدَّعِي أَنَّهُ) كَانَ (لَهُ ضَمَنٌ) الْكَفِيلُ (قِيَمَتُهُ)؛ لَجَوَازِهَا بِالْأَعْيَانِ الْمَضْمُونَةِ كَمَا مَرَّ^(١)).
(وَلَوْ ادَّعَى عَلَى عَبْدٍ مَالًا فَكَفَلَ بِنَفْسِهِ) أَي: بِنَفْسِ الْعَبْدِ (رَجُلٌ، فَمَاتَ الْعَبْدُ بَرِيًّا الْكَفِيلُ) كَمَا فِي الْحُرِّ.....

[٢٥٨٠٩] (قَوْلُهُ: فَمَاتَ الْعَبْدُ) بَأَنَّ ثَبَتَ مَوْتُهُ بِبُرْهَانٍ ذِي الْيَدِ أَوْ بِتَصَدِيقِ الْمُدَّعِي، فَلَوْ لَمْ يَكُنْ ثَمَّةَ بُرْهَانٍ وَلَا تَصَدِيقٍ لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُ ذِي الْيَدِ أَنَّهُ مَاتَ، بَلْ يُحْبَسُ هُوَ وَالْكَفِيلُ، فَإِنَّ طَالَ الْحَبْسُ ضَمِنَ الْقِيَمَةَ، وَكَذَا الْوَدِيعَةُ الْمَحْجُودَةُ، "نَهْر"^(٢) عَنْ "النَّهْيَةِ".
[٢٥٨١٠] (قَوْلُهُ: فَبَرَهَنَ الْمُدَّعِي) قَيْدَ بِالْبُرْهَانِ لِأَنَّهُ لَوْ ثَبَتَ مِلْكُهُ بِإِقْرَارِ ذِي الْيَدِ أَوْ بِنُكُولِهِ لَمْ يَضْمَنْ شَيْئًا، "نَهْر"^(٣).

[٢٥٨١١] (قَوْلُهُ: لَجَوَازِهَا بِالْأَعْيَانِ الْمَضْمُونَةِ) أَي: بِنَفْسِهَا، وَفِيهَا يَجِبُ عَلَى ذِي الْيَدِ رَدُّ الْعَيْنِ، فَإِنَّ هَلَكْتَ وَجَبَ رَدُّ الْقِيَمَةِ.
[٢٥٨١٢] (قَوْلُهُ: وَلَوْ ادَّعَى عَلَى عَبْدٍ مَالًا) أَي: مَعْلُومَ الْقَدْرِ بَأَنَّ قَالَ: أَخَذَ مِنِّي كَذَا بِالْغَصْبِ، أَوْ اسْتَهْلَكَهُ، "ط"^(٤).

[٢٥٨١٣] (قَوْلُهُ: بَرِيًّا الْكَفِيلُ) أَي: كَمَا لَوْ كَانَ الْمَكْفُولُ بِنَفْسِهِ حُرًّا، قَالَ فِي "النَّهْرِ"^(٥):
(وَأَعْلَمَ أَنَّ هَاتَيْنِ الْمَسْأَلَتَيْنِ مُكْرَّرَتَانِ، أَمَّا الْأُولَى فَلِاسْتِفَادَتِهَا مِنْ قَوْلِهِ فِيمَا مَرَّ: وَمَغْصُوبٌ. وَأَمَّا الثَّانِيَةُ فَلِإِذَا قَدَّمَهُ مِنْ أَنَّ الْكِفَالََةَ بِالنَّفْسِ تَبْطُلُ بِمَوْتِ الْمَطْلُوبِ)) اهـ.
قَالَ فِي "الْبَحْرِ"^(٦): ((لَكِنْ ذَكَرَ الثَّانِيَةَ هُنَا لِيُبَيِّنَ الْفَرْقَ بَيْنَهُمَا^(٧)) وَبَيْنَ الْأُولَى، وَهُوَ ظَاهِرٌ؛ لِأَنَّ الْمَكْفُولَ بِهِ فِي الْأُولَى رَقَبَةُ الْعَبْدِ، وَهِيَ مَالٌ، وَهِيَ لَا تَبْطُلُ بِهَلَاكِ الْمَالِ بِخِلَافِ الثَّانِيَةِ)).

(١) ص ١١٠ - "در".

(٢) "النهر": كتاب الكفالة - باب كفالة الرجلين والعبدین ق ٤٢٣/ب.

(٣) "ط": كتاب الكفالة - باب كفالة الرجلين ١٦٦/٣.

(٤) "النهر": كتاب الكفالة - باب كفالة الرجلين والعبدین ق ٤٢٣/ب.

(٥) "البحر": كتاب الكفالة - باب كفالة الرجلين والعبدین ٢٦٥/٦ باختصار.

(٦) في "الأصل": ((بينهما)).

(ولو كَفَلَ عَبْدٌ غَيْرُ مَدْيُونٍ مُسْتَعْرِقٍ (عن سَيِّدِهِ بِأَمْرِهِ) جازاً؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لَهُ، (ف) إذا عَتَقَ فَأَدَّاهُ، أو كَفَلَ سَيِّدُهُ عَنْهُ)

[٢٥٨١٤] (قوله: ولو كَفَلَ عَبْدٌ غَيْرُ مَدْيُونٍ مُسْتَعْرِقٍ إلخ) بجرٍّ ((مُسْتَعْرِقٍ)) بكسر الراءِ على أَنَّهُ صِفَةٌ لـ ((مَدْيُونٍ))، ونسبةُ الاستغراقِ إليه مجازٌ؛ لِأَنَّ الدَّيْنَ اسْتَعْرِقَهُ، أَي: اسْتَعْرِقَ رَقَبَتَهُ وما في يَدِهِ، أو بفتح الراءِ. وَقَدْ به لِأَنَّهُ لو كان عليه دَيْنٌ مُسْتَعْرِقٌ لم تَلَزَمُهُ الكِفَالَةُ في رِقَبِهِ، فإِذَا عَتَقَ لَزِمَتْهُ، كَذَا في "كافي الحَاكِمِ"، أَي: لِأَنَّ حَقَّ الْغُرَمَاءِ مُقَدَّمٌ، وَحَقُّهُمْ في قِيَمَةِ رَقَبَتِهِ يَبِيعُونَهُ بِذَيْنِهِمْ إِنْ لم يُعْطِهِ سَيِّدُهُ، وَبَعْدَ الْعِتْقِ صارَ الْحَقُّ في ذِمَّتِهِ، وَأَمَّا إِذَا كانَ دَيْنُهُ غَيْرُ مُسْتَعْرِقٍ فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يُقَدَّمُ دَيْنُ الْغُرَمَاءِ وَالباقِي للكِفَالَةِ كما لو كَفَلَ عن غيرِ سَيِّدِهِ، قال في "الكافي": ((وكِفَالَةُ الْعَبْدِ، والمَدْبُورِ، وأُمُّ الْوَلَدِ عن غيرِ السَّيِّدِ بِنَفْسٍ أو مالٍ بلا إِذْنِ السَّيِّدِ باطِلَةٌ حَتَّى يَعْتَقَ، فإِذَا عَتَقَ تَلَزَمَتْهُ، وَإِنْ أَذِنَ سَيِّدُهُ جازَتْ إِنْ لم يَكُنْ عَلَيْهِ [١٨٦/٣] دَيْنٌ، وَيُباعُ في دَيْنِ الكِفَالَةِ، وَإِنْ كانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ بُدِيَ بِذَيْنِهِ قَبْلَ دَيْنِ الكِفَالَةِ، وَيَسْعَى المَدْبُورُ وأُمُّ الْوَلَدِ في الدَّيْنِ)) اهـ.

[٢٥٨١٥] (قوله: لِأَنَّ الْحَقَّ لَهُ) أَي: إِذَا لم يَكُنْ على الْعَبْدِ دَيْنٌ يَكُونُ الْحَقُّ في مالِيَّتِهِ لِمَوْلَاهُ، فَصَحَّ إِذْنُهُ لَهُ في كِفَالَتِهِ.

[٢٥٨١٦] (قوله: فإِذَا عَتَقَ فَأَدَّاهُ) نصٌّ على الْمُتَوَهَّمِ، فَإِنَّهُ إِذَا أَدَّاهُ حَالاً رِقَبَهُ لا يَرْجِعُ بالأُولَى، "ط" (١).

(قولُ "المُصَنَّفِ": ولو كَفَلَ عَبْدٌ غَيْرُ مَدْيُونٍ إلخ) عَدَمُ رُجُوعِ الْعَبْدِ بما أَدَّاهُ بَعْدَ عِتْقِهِ لا فَرْقَ فِيهِ بَيْنَ ما إِذَا كانَ مَدْيُوناً أو لا. نَعَمْ، لَزُومُ الكِفَالَةِ حَالُ الرِّقِّ يُشْتَرَطُ لَهُ عَدَمُ اسْتَعْرِاقِهِ بِالدَّيْنِ، وَلِذَا في "الكَنْزِ" لم يُقَيَّدِ الْعَبْدُ بِشَيْءٍ، و"الشَّارِحُ" أَشارَ بِقَوْلِهِ: ((جازاً)) لِفائِدَةِ تَقْيِيدِهِ بِغَيْرِ المَدْيُونِ وَإِنْ كانَ لا فائِدَةَ لَهُ بِالنِّسْبَةِ لِلْحُكْمِ بِعَدَمِ الرُّجُوعِ.

بأمره (فأداه) ولو (بعد عتيقه لم يرجع واحدٌ منهما على الآخر)؛ لانعقادها غير موجبة للرجوع؛ لأن كلاً منهما لا يستوجب ديناً على الآخر، فلا تنقلب موجبة له بعد ذلك، (كما لو كفل رجلٌ عن رجلٍ بغير أمره فبلغه فأجاز) الكفالة (لم تكن الكفالة موجبة للرجوع)، لما قلناه. (و) قالوا: (فائدة كفالة المولى عن^(١) عبده وجوب مطالبته بإيفاء الدين من سائر أمواله، وفائدة كفالة العبد عن مولاه تعلُّقه)

[٢٥٨١٧] (قوله: بأمره) أي: بأمر العبد، وهذا زاده في "النهر"^(٢)، وقال: ((هذا القيد لا بد منه)) اهـ. ثم رأيتُه مذكوراً في "شرح الجامع"^(٣) لـ "قاضي خان"، ولا يخفى أنه إذا لم يرجع مع الأمر فقدّم الرجوع بدونه بالأولى، ولعلّ فائدته أنه محلّ الخلاف الآتي^(٤).

[٢٥٨١٨] (قوله: لانعقادها غير موجبة للرجوع إلخ) جوابٌ عن قول "زُفَر" بالرجوع لتحقق الموجب له، وهو الكفالة بالأمر، والمانع هو الرقُّ وقد زال كما في "الهداية"^(٥).

[٢٥٨١٩] (قوله: بعد ذلك) أي: بعد انعقادها غير موجبة للرجوع. قول "المصنف" في باب الكفالة: ((ولو كفل بأمره رجّع عليه بما أدى إلخ)).

[٢٥٨٢١] (قوله: لما قلناه) أي: من قوله: ((لانعقادها غير موجبة إلخ)).

[٢٥٨٢٢] (قوله: من سائر أمواله) بخلاف ما إذا لم يكفل، فإنه لا يلزمه عيناً إلا أن يسلمه لبياع، وقد لا يفي ثمنه بالدين، فلا يصلح الغرماء إلى تمام الدين، وبالكفالة يصلون، "فتح"^(٦).

(١) ((عن)) ليست في "د".

(٢) "النهر": كتاب الكفالة - باب كفالة الرجلين والعبدین ق ٤٢٣/ب.

(٣) "شرح الجامع الصغير": كتاب الكفالة - باب كفالة العبد ٢/٨٧/ب.

(٤) في المقالة التالية.

(٥) "الهداية": كتاب الكفالة - باب كفالة العبد وعنه ٩٨/٣.

(٦) ص ١٢١ - وما بعدها "در".

(٧) "الفتح": كتاب الكفالة - باب كفالة العبد وعنه ٣٤٤/٦.

أي: الدَّيْنِ (بِرَقَبَتِهِ). وهذا لم يُثَبِّتْهُ "المصنّف" متناً في "شرحِهِ"، واللَّهُ سبحانه وتعالى أعلم بالصَّواب.

[٢٥٨٢٣] (قوله: بِرَقَبَتِهِ) أي: فَيُثَبِّتُ لَهُمْ بَيْعُهُ إِنْ لَمْ يَفِدْهِ المَوْلَى، ولذا اشْتَرَطَ أَنْ لا يَكُونَ مَدْيُوناً كما مرَّ^(١)، وبدونِ الكفالة ليس لهم ذلك.
 [٢٥٨٢٤] (قوله: وهذا) أي: قوله: ((فائدة كِفَالَةِ المَوْلَى إلخ)).
 [٢٥٨٢٥] (قوله: في "شرحِهِ") وأثبتهُ شرحاً^(٢)، وهو موجودٌ فيما رأيْتُهُ مِنْ نُسَخِ "المتن" المجرّدة، "ط"^(٣)، واللَّهُ سبحانه أعلم.

(١) المقولة [٢٥٨١٤] قوله: ((ولو كفّل عبداً غيرَ مديونٍ مستغفرٍ إلخ)).

(٢) هذا الموضع ساقط من مخطوطة "المنح" التي بين أيدينا.

(٣) "ط": كتاب الكفالة - باب كفالة الرجلين ١٦٦/٣.

﴿كتابُ الحِوَالَةِ﴾

(هي) لغةً: النَّقْلُ، وشرعاً: (نَقْلُ الدِّينِ مِنْ ذِمَّةِ الْمُحِيلِ إِلَى ذِمَّةِ الْمُحْتَالِ^(١) عليه)،.....

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿كتابُ الحِوَالَةِ﴾

كُلُّ مِنَ الْحِوَالَةِ وَالْكَفَالَةِ عَقْدُ التَّرَامِ^(٢) مَا عَلَى الْأَصِيلِ؛ لِلتَّوْتُقِ، إِلَّا أَنَّ الْحِوَالَةَ تَتَضَمَّنُ إِبْرَاءَ الْأَصِيلِ إِبْرَاءً مُقَيِّداً كَمَا سَيَجِيءُ، فَكَانَتْ كَالْمُرْكَبِ مَعَ الْمَفْرَدِ، وَالثَّانِي مُقَدِّمٌ، فَلَزِمَ تَأْخِيرُ الْحِوَالَةِ، "نَهْر"^(٣).

[٢٥٨٢٦] (قَوْلُهُ: هِيَ لُغَةً: النَّقْلُ) أَي: مُطْلَقاً، لِدَيْنٍ أَوْ عَيْنٍ، وَهِيَ اسْمٌ مِنَ الْإِحَالَةِ، وَمِنْهُ يُقَالُ: أَحَلَّتْ زَيْدًا عَلَى عَمْرٍو فَاحْتَالَ، أَي: قَبِلَ، وَفِي "الْمَغْرِب"^(٤): ((تَرْكِيبُ الْحِوَالَةِ يَذُلُّ عَلَى الزَّوَالِ وَالنَّقْلِ، وَمِنْهُ التَّحْوِيلُ، وَهُوَ نَقْلُ الشَّيْءِ مِنْ مَحَلٍّ إِلَى مَحَلٍّ))، وَتَمَامُهُ فِي "الْفَتْح"^(٥).

[٢٥٨٢٧] (قَوْلُهُ: وَشَرَعاً: نَقْلُ الدِّينِ إِلَيْهِ) أَي: مَعَ الْمَطَالِبَةِ، وَقِيلَ: نَقْلُ الْمَطَالِبَةِ فَقَطْ، وَنَسَبَ "الزَّيْلَعِيُّ"^(٦) الْأَوَّلَ إِلَى "أَبِي يُوسُفَ" وَالثَّانِي إِلَى "مُحَمَّدٍ". وَجَهُ الْأَوَّلِ دِلَالَةُ الْإِجْمَاعِ عَلَى أَنَّ الْمُحْتَالَ لَوْ أَبْرَأَ الْمُحَالَ عَلَيْهِ مِنَ الدِّينِ أَوْ وَهَبَهُ مِنْهُ صَحَّ، وَلَوْ أَبْرَأَ الْمُحِيلَ أَوْ وَهَبَهُ لَمْ يَصِحَّ، وَحَكَى فِي "الْمَجْمَعِ" خِلَافَ "مُحَمَّدٍ" فِي الثَّانِيَةِ. وَوَجَهُ الثَّانِي دِلَالَةُ الْإِجْمَاعِ أَيْضاً عَلَى أَنَّ الْمُحِيلَ إِذَا قَضَى

﴿كتابُ الحِوَالَةِ﴾

(قَوْلُهُ: وَنَسَبَ "الزَّيْلَعِيُّ" الْأَوَّلَ إِلَى "أَبِي يُوسُفَ") وَعَلَيْهِ الْفَتْوَى، "سِنْدِي" عَنْ "التَّارِخَانِيَّةِ".

(١) فِي "د": ((الْمُحَالَ)).

(٢) فِي "م": ((الْتَرَام)).

(٣) "النَّهْر": كِتَابُ الْحِوَالَةِ ق ٤٢٤/أ.

(٤) "الْمَغْرِب": مَادَّةُ ((حَوْل)) يَنْصَرَفُ.

(٥) انْظُرْ "الْفَتْح": كِتَابُ الْحِوَالَةِ ٦/٣٤٥.

(٦) "تَبْيِينَ الْحَقَائِقِ": كِتَابُ الْحِوَالَةِ ٤/١٧٢.

ذَيْنِ الطَّالِبِ قَبْلَ أَنْ يُؤَدَّى الْمُحْتَالُ عَلَيْهِ لَا يَكُونُ مُتَطَوِّعًا، وَيُحْبَرُ عَلَى الْقَبُولِ، وَكَذَا الْمُحْتَالُ لَوْ أُبْرَأَ الْمُحَالُ عَلَيْهِ عَنْ ذَيْنِ الْحَوَالَةِ لَا يَرْتَدُّ بِالرَّدِّ، وَلَوْ وَهَبَهُ مِنْهُ ارْتَدَّ كَمَا لَوْ أُبْرَأَ الطَّالِبُ الْكَفِيلَ أَوْ وَهَبَهُ، وَلَوْ انْتَقَلَ الدَّيْنُ إِلَى ذَمِّهِ لَمَا اخْتَلَفَ حُكْمُ الْإِبْرَاءِ وَالْهَبَةِ، وَكَذَا الْمُحَالُ لَوْ أُبْرَأَ الْمُحَالُ عَلَيْهِ لَمْ يَرْجِعْ عَلَى الْمُحِيلِ وَإِنْ كَانَتْ بَأَمْرِهِ كَالْكَفَالَةِ، وَلَوْ وَهَبَهُ رَجَعَ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْمُحِيلِ عَلَيْهِ ذَيْنٌ، وَتَمَامُهُ فِي الْبَحْرِ^(١). وَظَاهِرُهُ اتِّفَاقُ الْقَوْلَيْنِ عَلَى هَذِهِ الْمَسَائِلِ، ثُمَّ ذَكَرَ^(٢) مَا يُفِيدُ اتِّفَاقَ الْقَوْلَيْنِ أَيْضًا عَلَى عَوْدِ الدَّيْنِ بِالتَّوَيُّ، وَعَلَى جَبْرِ الْمُحَالِ عَلَى قَبُولِ الدَّيْنِ مِنَ الْمُحِيلِ، وَعَلَى قِسْمَةِ الدَّيْنِ بَيْنَ غَرَمَاءِ الْمُحِيلِ بَعْدَ مَوْتِهِ قَبْلَ قَبْضِ الْمُحْتَالِ، وَعَلَى أَنَّ إِبْرَاءَ الْمُحَالِ الْمُحَالُ عَلَيْهِ لَا يَرْتَدُّ بِالرَّدِّ، وَعَلَى أَنَّ تَوْكِيلَ الْمُحَالِ الْمُحِيلِ بِالْقَبْضِ مِنَ الْمُحَالِ عَلَيْهِ غَيْرُ صَحِيحٍ، وَعَلَى أَنَّ الْمُحْتَالُ لَوْ وَهَبَ الدَّيْنُ لِلْمُحَالِ عَلَيْهِ كَانَ لِلْمُحَالِ عَلَيْهِ أَنْ يَرْجِعَ عَلَى الْمُحِيلِ، وَعَلَى أَنَّهَا تُفْسَخُ بِالْفُسْخِ، وَعَلَى عَدَمِ سَقُوطِ حَقِّ حَسَنِ الْمَبِيعِ فِيمَا إِذَا أَحَالَهُ الْمُشْتَرِي، وَكَذَلِكَ لَوْ كَانَ عِنْدَ الْمُحْتَالِ رَهْنٌ لِلْمُحِيلِ لَا يَسْقُطُ حَقُّ حَسَنِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الْمُحِيلُ هُوَ الْبَائِعُ عَلَى الْمُشْتَرِي أَوْ الْمُرْتَهِنُ عَلَى الرَّاهِنِ فَإِنَّهُ يَبْطُلُ حَقُّ الْمَبِيعِ وَالرَّهْنِ؛ لِسَقُوطِ الْمَطَالِبَةِ، مَعَ أَنَّ هَذِهِ الْمَسَائِلَ تَبَيَّنَ كَوْنُهَا نَقْلًا لِلدَّيْنِ، وَلَكِنْ اعْتَبَرَتِ الْحَوَالَةُ تَأْخِيلاً ٢١/١٨٧٣/١ إِلَى التَّوَيُّ فِي بَعْضِ الْأَحْكَامِ، وَجَعَلَ^(٣) النُّقْلَ لِلْمَطَالِبَةِ،

(قوله: لَا يَكُونُ مُتَطَوِّعًا (إخ) فيكون له الرجوع بدئيه الذي له على المحال عليه إن كان له دينٌ.

(قوله: وَلَوْ انْتَقَلَ الدَّيْنُ إِلَى ذَمِّهِ لَمَا اخْتَلَفَ حُكْمُ الْإِبْرَاءِ وَالْهَبَةِ) فَإِنَّ الْإِبْرَاءَ حِينَئِذٍ يَكُونُ تَمْلِكُ الدَّيْنِ لِمَنْ الدَّيْنُ عَلَيْهِ، وَهُوَ يَرْتَدُّ بِالرَّدِّ.

(قوله: وَلَوْ وَهَبَهُ رَجَعَ (إخ) وَلَوْ كَانَ الدَّيْنُ يَتَحَوَّلُ لَكَانَ الْإِبْرَاءُ وَالْهَبَةُ سَوَاءً فِي عَدَمِ الرَّجُوعِ، قَالَ فِي "الْفَتْحِ" فِي هَذِهِ الصُّورَةِ: ((وَلَوْ كَانَ الدَّيْنُ يَتَحَوَّلُ إِلَى ذَمِّهِ كَانَ الْإِبْرَاءُ وَالْهَبَةُ سَوَاءً فِي حَقِّهِ فَلَا يَرْجِعُ)) اهـ. إِذْ لَوْ انْتَقَلَ الدَّيْنُ عَلَى الْمُحَالِ عَلَيْهِ لَكَانَتْ الْهَبَةُ إِبْرَاءً، فَلَا رُجُوعَ كَمَا ذَكَرَهُ "السَّنَدِيُّ".

(١) انظر "البحر": كتاب الحوالة ٦/٢٦٦.

(٢) "البحر": كتاب الحوالة ٦/٢٦٧.

(٣) في "ت": ((حصل)).

وهل توجب البراءة من الدين المصحح؟ نعم، "فتح"^(١). (المديون مُحِيلٌ، والدائن مُحْتَالٌ، ومُحتالٌ له، ومُحالٌ، ومُحالٌ له)،

وفي بعضها اعتبرت إبراءً، وجعل النقل للدين أيضاً، وتسام التوجيه في "البحر"^(٢). وفي "الحامدية"^(٣) عن "فتاوى قارئ الهداية"^(٤): ((إذا أحال الطالب إنساناً على مديونه وبالدين كفيلاً برئ المديون من دين المحيل وبرئ كفيلاً، ويطلب المحتال الأصل لا الكفيل؛ لأنه لم يضمن له شيئاً، لكنها براءة موقوفة، وكذا إذا^(٥) أحال المرتهن بدينه على الرهن بطل حقه في حبس الرهن، ولا يكون رهناً عند المحتال)) اهـ. وفي هذه المسألة المرتهن هو المحيل، وفيما مر^(٦) هو المحتال، وعلمت وجه الفرق بينهما، ويأتي أيضاً^(٧). ومسألة الكفالة في "البرازية"^(٨)، وفيها^(٩): ((لو أحال الكفيل الطالب بالمال على رجل برئ الأصل والكفيل، إلا أن يشترط الطالب براءة الكفيل فقط فلا يبرأ الأصل)).

[٢٥٨٢٨] قوله: والدائن مُحْتَالٌ، ومُحتالٌ له (الخ) يعني: يُطْلَقُ عليه هذه الألفاظ الأربعة في الاصطلاح، "درر"^(١٠). وظاهره أنَّ اللغة بخلافه، ولذا قال في "المعراج": ((قولهم للمُحتال: المُحتال له لغو؛ لأنه لا حاجة إلى هذه الصلّة)). زاد في "الفتح"^(١١): ((بل الصلّة مع المحال عليه لفظة: عليه، فهما مُحْتَالٌ ومُحتالٌ عليه، فالفرق بينهما بعدم الصلّة وبصلّة: عليه)) اهـ.

(١) "الفتح": كتاب الحوالة ٣٤٧/٦ بتصرف.

(٢) انظر "البحر": كتاب الحوالة ٢٦٧/٦.

(٣) انظر "العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية": كتاب الحوالة ٢٩٥/١.

(٤) "فتاوى قارئ الهداية": مسألة في "الحوالة ص ٧٣ - ٧٣".

(٥) في "ك": ((إن)).

(٦) في هذه المقالة.

(٧) في المقالة الآتية.

(٨) "البرازية": كتاب الحوالة ٢٩/٦ - ٣٠ بتصرف (هامش "الفتاوى الهندية").

(٩) "الدرر": كتاب الحوالة ٣٠٨/٢.

(١٠) "الفتح": كتاب الحوالة ٣٤٥/٦.

ويزَادُ خامسٌ وهو: حَوِيلٌ، "فتح"، (وَمِنْ يَقْبَلُهَا مُحْتَالٌ عَلَيْهِ، وَ مُحَالٌ عَلَيْهِ) فالفرقُ بالصَّلَةِ،

قلتُ: ويمكنُ تصحيحُ كلامهم، وذلك أنَّ الحوالةَ لغةٌ بمعنى النقلِ مُطلقاً كما مرَّ^(١)، فالمديونُ يدفعُ الطالبَ عن نفسه ويُسَلِّطُهُ على غريمه. وفي الاصطلاح: نقلُ الدينِ، وهو من أفرادِ المعنى اللغويِّ أيضاً. فعلى الأولِ يُقالُ: مُحْتَالٌ لا غَيْرُ، وعلى الثاني: مُحْتَالٌ له لا غَيْرُ؛ لأنَّ المُحِيلَ بمعنى الناقلِ، والمُحالِ عليه بمعنى المنقولِ عليه الدينُ، والدينُ منقولٌ، والطالبُ مُحَالٌ له، أي: منقولٌ لأجلِهِ، ولو قيل: مُحَالٌ^(٢) بمعنى منقول لم يَصِحَّ؛ لأنَّ المنقولَ هو الدينُ على هذا الوجه، بخلافه على الأولِ، فإنَّ المنقولَ هو ذاتُ الطالبِ.

وبهذا ظهرَ أنَّ قولَهُم: مُحْتَالٌ وَمُحْتَالٌ له مبنِيٌّ على اختلافِ المرادِ في المنقولِ، هل هو ذاتُ الطالبِ أو دَيْنُهُ؟ فافهم. نَعَمْ يَصِحُّ على الثاني أنْ يُقالَ فيه: مُحْتَالٌ بطريقِ المجازِ، أي: مُحْتَالٌ دَيْنُهُ، وبه ظهرَ أنَّه لا لَعَوَ^(٣) في كلامهم، فاعتنم هذا التقريرَ.

[٢٥٨٢٩] (قوله: ويزَادُ خامسٌ وهو: حَوِيلٌ عبارة "الفتح"^(٤)): ((ويُقَالُ لِلْمُحْتَالِ: حَوِيلٌ أيضاً))، فما ذكرَهُ "الشَّارَحُ" نقلٌ لعبارة "الفتح" بالمعنى، فافهم. ونَقَلَ في "البحر"^(٥) عبارةً عن "تلخيص الجامع" فيها إطلاقُ الحَوِيلِ على المُحالِ عليه، قال "الرُّمليُّ": ((فَلَعَلَّهُ يُطْلَقُ عَلَيْهِمَا)).

[٢٥٨٣٠] (قوله: فالفرقُ بالصَّلَةِ) أي: باختلافها، وهي ((الْأَمُّ)) في الأولِ و((عَلَى)) في الثاني، وهذا على وجودها في الأولِ، وقد عَلِمْتَ وَجَهَ صَحَّتِهِ. وأما على حذفها المُفَادَ بقولِهِ: ((وقد تُحذفُ)) فالمرادُ أنَّ الفرقَ بالصَّلَةِ وجوداً وَعَدَمًا كما مرَّ^(٦) عن "الفتح"، فافهم.

(قوله: فعلى الأولِ يُقالُ: مُحْتَالٌ إلخ) المرادُ بالأولِ المعنى اللغويُّ كما أنَّ المرادَ بالثاني المعنى الشرعيُّ.

(١) المقولة [٢٥٨٢٦] قوله: ((هي لغة: النُّقْلُ)).

(٢) في "م": ((بجاء)) بالجيم المعجمة، وهو خطأ.

(٣) في "٣": ((لا فرق)).

(٤) "الفتح": كتاب الحوالة ٦/٣٤٦.

(٥) "البحر": كتاب الحوالة ٦/٢٦٧.

(٦) للمقولة [٢٥٨٢٨] قوله: ((والدَّائِنُ مُحْتَالٌ وَمُحْتَالٌ له إلخ)).

وقد تُحذف من الأول، (والمالُ مُحالٌ به. و) الحوالة (شُرِطَ لصِحَّتِها رضا الكلِّ بلا خلافٍ إلّا في الأولِ)

[مطلب: شروط صحة الحوالة]

[٢٥٨٣١] (قوله: والحوالة شُرِطَ لصِحَّتِها إلخ) قال في النهر^(١): ((وشرطُ صِحَّتِها في الحيل: العقل، فلا تصحُّ حوالة مجنون وصبيٍّ لا يعقل، والرّضا، فلا تصحُّ حوالة المكره، وأمّا البلوغُ فشرطٌ للنفاذ، فصحة حوالة الصبيِّ العاقل موقوفة على إجازة وليّه. وليس منها الحرّية، فتصحُّ حوالة العبدِ مُطلقاً، غير أنّ المأذون يُطالبُ للحال والمحجور بعد العتق، ولا الصّحة، فتصحُّ من المريض. وفي المحتال: العقل، والرّضا. وأمّا البلوغُ فشرطُ النفاذ أيضاً، فإعتد احتيال الصبيِّ موقوفاً على إجازة وليّه إنّ كان الثاني أملي^(٢) من الأول كاحتيال الوصي^(٣). بمالٍ يتيسر. ومن شرط صِحَّتِها: المجلس، قال في "الخاتبة"^(٤): والشرطُ حضرة المحتال فقط، حتّى لا تصحُّ في غيبتِه إلّا أن يقبلَ عنه آخر، وأمّا غيبة المحتال عليه فلا تمنع، حتّى لو أحوال عليه فبلغه فأجازَ صحّ، وهكذا في "البرازية"^(٥). ولا بدّ في قبولها من الرضا، فلو أكره على قبولها لم تصح. وفي المحال به أن يكون ديناً لازماً، فلا تصحُّ ببذل الكتابة كالكفالة)) اهـ.

[٢٥٨٣٢] (قوله: رضا الكلِّ) أمّا رضا الأول فلا نّ ذوي المروءات قد [١٨٧/٣] بأنفون تحمّل غيرهم ما عليهم من الدين فلا بدّ من رضاه، وأمّا رضا المحتال؛ فلا نّ فيها

(قوله: غير أنّ المأذون يُطالبُ للحال والمحجور بعد العتق) معنى هذا: أنّ العبد إذا أحوال وتوى المال تتوجّه المطالبة عليه للحال إنّ كان مأذوناً، وبعد العتق إنّ كان محجوراً، وإلّا فالكلام في شرط صِحَّتِها بالنسبة للمحيل. اهـ "حموي". وفي "المنبع": ((غير أنّه إنّ كان مأذوناً يرجع عليه المحال عليه إذا أدّى، وتعلّق برقبتِه إنّ لم يكن في يديه ما يؤتي، وإن محجوراً يرجع عليه بعد العتق)) اهـ. وهذا أصوب.

(١) "النهر": كتاب الحوالة ق ٤٢٤/١ - ب.

(٢) في "م": ((أمل)).

(٣) في "أ": ((الصبي))، وهو خطأ.

(٤) "الخاتبة": كتاب الكفالة والحوالة - مسائل الحوالة ٧٢/٣ - ٧٣ بتصرف (هامش "الفتاوى الهندية").

(٥) "البرازية": كتاب الحوالة ٢٤/٦ (هامش "الفتاوى الهندية").

وهو المحيل، فلا يُشترطُ على المختار، "شُرْبُلائيَّة" ^(١) عن "المواهب"، بل قال "ابن الكمال": ((إنما شرطه "القدوري" ^(٢) للرجوع عليه، فلا اختلاف في الرواية)) لكن استظهر "الأكمل"

انتقال حقه إلى ذمة أخرى والدَّئم مُتفاوتة، وأمَّا رضا الثالث - وهو المحتال عليه - فلأنها إلزام الدين، ولا لزوم بلا التزام، "درر" ^(٣).

قلت: نقل "السَّاحَنِيُّ" عن لُقْطَة "البحر" ^(٤): ((إذا استدانَت الزَّوْجَةُ النِّفَقَةَ بأمرِ القاضي لها أن تُحيلَ على الزَّوْجِ بلا رضا)).

(٢٥٨٣٣) (قوله: فلا يُشترطُ على المختار) هو رواية "الزيادات"، قال فيها: ((لأنَّ التَّزامَ الدَّينِ من المحتال عليه تصرفٌ في حقِّ نفسه، والمحيل لا يتضررُ بل فيه منفعة؛ لأنَّ المحتال عليه لا يرجع إذا لم يكن بأمره))، "درر" ^(٥).

(٢٥٨٣٤) (قوله: للرجوع عليه) أي: رجوع المحتال عليه على المحيل، أو ليسقط الدَّينُ الذي للمحيل على المحتال عليه كما في "الزَّيْلَعِيُّ" ^(٦)، أمَّا بدون الرِّضا فلا رجوع ولا سقوط، وهو محمَلُ رواية "الزيادات".

(٢٥٨٣٥) (قوله: لكن استظهر "الأكمل" إلخ) أي: في "العناية" ^(٧)، وهو توفيق آخر بين روايتي "الزيادات" و"القدوري"، لكن لا بدَّ فيه من ضَمِيمَةِ التَّوْفِيقِ الأوَّلِ كما تعرفُ.

(قوله: وأمَّا رضا الثالث - وهو المحتال عليه - فلأنها التزام الدَّين إلخ) في "السَّنَدِيَّ": ((والمنذهب أنه لا بدَّ من رضا المحتال عليه، سواء كان عليه دينٌ أو لا، وسواء كان المحتال به مثل الدَّينِ أو لا، "بحر") اهـ.

(١) "الشربلائية": كتاب الحوالة ٣٠٨/٢ (هامش "الدرر والغرر").

(٢) انظر "اللباب في شرح الكتاب": كتاب الحوالة ١٦٠/٢.

(٣) "الدرر والغرر": كتاب الحوالة ٣٠٨/٢.

(٤) "البحر": كتاب اللقطة ١٦٩/٥ بتصرف.

(٥) "الدرر والغرر": كتاب الحوالة ٣٠٨/٢.

(٦) "تبيين الحقائق": كتاب الحوالة ١٧٤/٤.

(٧) "العناية": كتاب الحوالة ٣٤٧/٦ (هامش "فتح القدير").

أَنَّ ابتدائها إن من المحيلِ شَرَطَ ضرورةً وإلا لا، وأرادَ بالرَّضا القَبُولَ فإنَّ قَبُولَها في مجلسِ الإيجابِ شرطُ الانعقادِ، "بحر" عن "البدائع"،

(٢٥٨٣٦٦) (قوله: شَرَطَ ضرورةً) لأنها إحالةٌ، وهي فعلٌ اختياريٌّ ولا يُتصوَرُ بدونَ الإرادةِ والرَّضا، وهو مَحْجِلٌ روايةً "القُدْرُوي". وقوله: ((وإلا لا)) أي: إن لم يكن ابتداؤها من المحيلِ بل من المحالِ عليه تكونُ احتيالاَ يَتِمُّ بدونَ إرادةِ المحيلِ بإرادةِ المحالِ عليه ورضاهُ، وهو وجهُ روايةِ "الزيادات"، "عناية"^(١). لكن لا يخفى أنه على الثاني لا يثبت للمُحالِ عليه الرجوعُ بما أدى، ولو كان عليه للمحيلِ دَيْنٌ لا يسقطُ إلا برضا المحيلِ، فرجعَ إلى التوفيقِ الأوَّلِ.

(٢٥٨٣٧١) (قوله: وأرادَ بالرَّضا القَبُولَ) أي: الذي هو أحدُ رُكْنَي العقدِ، فُيَشترطُ له المجلسُ؛ لأنَّ شَطْرَ العقدِ لا يتوقَّفُ على قَبُولِ غائبٍ، بل يلغُو، بخلافِ الرِّضا الذي ليس ركنٌ عقديٌّ.

٢٨٩/٤

(٢٥٨٣٨١) (قوله: فإنَّ قَبُولَها إلخ) ذَكَرَ في "البحر"^(٢) أولاً أنَّ مِنَ الشُّروطِ مجلسَ الحوالةِ، وقال: ((وهو شرطُ الانعقادِ في قولهما خلافاً لـ "أبي يوسف"، فإنه شرطُ النفاذِ عندهُ، فلو كان المحتالُ غائِباً عن المجلسِ بَلَّغَهُ الخبرُ فأجازَ لم ينعقدَ عندهما خلافاً له، والصَّحيحُ قولهما)) اهـ.

(قوله: لكن لا يخفى أنه على الثاني لا يثبت إلخ) القصدُ التوفيقُ بينَ روايتي اشتراطِ رضا المحالِ عليه وعَدَمِهِ، ولا شكَّ في حُصولِهِ بما قاله "الأكمل"، والرجوعُ وعَدَمُهُ شيءٌ آخرٌ لا تعرَّضُ له في الكلامِ وإن ثبتَ إذا تحقَّقتِ الحوالةُ من المحيلِ، ولا يثبتُ إذا لم تتحقَّقْ منه، تأمَّلْ. ثم إنَّ ما ذَكَرَهُ "الشارحُ" مِنَ التوفيقَيْنِ لا يتأتَّى مع ما ذَكَرَهُ في "الدُّرر" من علَّةِ اشتراطِ رضا المحيلِ، فإنَّ مُقتضاها عَدَمُ صَحَّةِ الحوالةِ بلا رضاهُ ولو كانت غيرَ مُوجِبَةٍ للرجوعِ أو كان ابتداؤها من غيره.

(قول "الشارحُ": فإنَّ قَبُولَها إلخ) الذي في نُسَخِ الخطِّ: ((قَبُولَها^(٣)))، وهو أوجهٌ في الاستدراكِ بما في "الدُّرر".

(١) "العناية": كتاب الحوالة ٦/٣٤٧ بتصرف (هامش "فتح القدير").

(٢) "البحر": كتاب الحوالة ٦/٢٦٨.

(٣) الذي في نسختنا "د" ((قوله)) بالإفراد، قال "ط" ٣/١٦٨: ((قوله: فإنَّ قَبُولَها، أي: المحتالِ والمحتالِ عليه، وفي نسخة: قبولها، أي: الحوالة)) اهـ.

لكن في "الدُّرر" ^(١) وغيرها: ((الشَّرْطُ قَبُولُ الْمُحْتَالِ.....

ثم قال هنا ^(٢): ((وَأَرَادَ مِنَ الرِّضَا الْقَبُولَ فِي مَجْلِسِ الْإِيجَابِ؛ لِمَا قَدَّمَاهُ أَنَّ قَبُولَهُمَا فِي مَجْلِسِ الْإِيجَابِ شَرْطُ الْانْعِقَادِ، وَهُوَ مُصَرَّحٌ بِهِ فِي "الْبِدَائِعِ" ^(٣)) اهـ. وما ذَكَرَهُ فِي "الْبَحْرِ" أَوَّلًا هُوَ عِبَارَةُ "الْبِدَائِعِ"، فَقَوْلُهُ: ((لِمَا قَدَّمَاهُ أَنَّ قَبُولَهُمَا)) الظَّاهِرُ أَنَّ الْمَيِّمَ فِيهِ زَائِدَةٌ، وَأَنَّ الضَّمِيرَ فِيهِ مُفْرَدٌ عَائِدٌ لِلْحَوَالَةِ؛ لِأَنَّ التَّبَادُرَ مِنْ كَلَامِ "الْبِدَائِعِ" أَنَّ اشْتِرَاطَ الْمَجْلِسِ عِنْدَهُمَا إِنَّمَا هُوَ فِي الْمُحْتَالِ فَقَطْ بِقَرِينَةِ التَّفْرِيعِ، وَيَأْتِي قَرِيبًا مَا يُؤَيِّدُهُ اهـ.

[٢٥٨٣٩] قَوْلُهُ: لكن في "الدُّرر" وغيرها أي: كـ: "الخَانِيَّةُ" و"الْبِرَازِيَّةُ" ^(٤) و"الْخِلَاصَةُ" ^(٥)، وعِبَارَةُ "الخَانِيَّةُ" ^(٦): ((الْحَوَالَةُ تَعْتَمِدُ قَبُولَ الْمُحْتَالِ لَهُ وَالْمُحَالِ عَلَيْهِ، وَلَا تَصِحُّ فِي غَيْبَةِ الْمُحْتَالِ لَهُ فِي قَوْلِ "أَبِي حَنِيفَةَ" وَ"مُحَمَّدٍ" كَمَا قُلْنَا فِي "الْكِفَالَةِ" ^(٧) إِلَّا أَنْ يَقْبَلَ رَجُلٌ الْحَوَالَةَ لِلْغَائِبِ، وَلَا تُشْتَرَطُ حُضْرَةُ الْمُحْتَالِ عَلَيْهِ لَصِحَّةِ الْحَوَالَةِ، حَتَّى لَوْ أَحَالَهُ عَلَى رَجُلٍ غَائِبٍ ثُمَّ عَلِمَ الْغَائِبُ فَقَبِلَ صَحَّتِ الْحَوَالَةُ)) اهـ. ومَرَادُهُ بِالْقَبُولِ فِي قَوْلِهِ: ((تَعْتَمِدُ قَبُولُ الْإِخ)) الرِّضَا الْأَعْمُ مِنَ الْقَبُولِ الْمَشْرُوطِ لَهُ الْمَجْلِسُ بِقَرِينَةِ آخِرِ الْعِبَارَةِ، وَلَمْ يَذْكُرْ رِضَا الْمُحِيلِ بِنَاءً عَلَى رَوَايَةِ "الزِّيَادَاتِ" أَنَّهُ غَيْرُ شَرْطٍ، فَلْتَحْصَنَّ مِنْ كَلَامِهِ أَنَّ الشَّرْطَ قَبُولُ الْمُحْتَالِ فِي الْمَجْلِسِ وَرِضَا الْمُحَالِ عَلَيْهِ وَلَوْ غَائِبًا،

قَوْلُهُ: فَقَوْلُهُ: لِمَا قَدَّمَاهُ أَنَّ قَبُولَهُمَا الظَّاهِرُ أَنَّ الْمَيِّمَ فِيهِ زَائِدَةٌ الْإِخ) قَدْ يُعَالَى: لَا حَاجَةَ لِدَعْوَى الزِّيَادَةِ، وَالْعِبَارَةُ فِيهَا تَغْلِيْبٌ، وَالْمَرَادُ بِقَبُولِهِمَا الْإِيجَابُ وَالْقَبُولُ، وَالْقَصْدُ بَيَانُ اشْتِرَاطِ اتِّحَادِ الْمَجْلِسِ لِهَذَا الْعَقْدِ، وَهَذَا مُسْتَفَادٌ مِمَّا ذَكَرَهُ فِي "الْبَحْرِ" أَوَّلًا.

(١) "الدُّرر والغرر": كتاب الحوالة ٣٠٨/٢.

(٢) "البحر": كتاب الحوالة ٢٦٩/٦.

(٣) "البدائع": كتاب الحوالة - فصل: وأما الشرائط فأناوع ١٦/٦.

(٤) "البرازية": كتاب الحوالة ٢٤٦/٦ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٥) "الخلاصة": كتاب الحوالة ق ٢٥٥/١.

(٦) "الخانية": كتاب الكفالة والحوالة - مسائل الحوالة ٧٢/٣ - ٧٣ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٧) "الخانية": كتاب الكفالة والحوالة - فصل في الكفالة بالمال ٦٣/٣ (هامش "الفتاوى الهندية").

أو نائيه ورضا الباقيين،.....

وهو ما لخصه في "النهر" كما مر^(١). وظهره أن خلاف "أبي يوسف" في المحتال فقط، فعنده لا تشتراط حضرته، بل يكفي رضاه كالمحال عليه، وأنه لا خلاف في المحال عليه في أن حضرته غير شرط، وبه ظهر أنه لا يصح التوفيق بحمل ما في "الدرر" وغيرها على قول "أبي يوسف" الذي هو خلاف الصحيح، بل هو محمول على قولهما المصحح، فافهم.

وبما قررناه ظهر أنه لا خلاف في اشتراط الرضا [١٨٨٣/٣] الأعم، وأن الخلاف في قبول المحتال في المجلس لا في رضاه، فلا ينافي ذلك قول "المصنف": ((شروط رضا الكل بلا خلاف إلخ)) خلافاً لما ظنه في "العزيمة".

[٢٥٨٤٠] (قوله: أو نائيه أي: ولو فضولياً، وبه عير في "الدرر"^(٢)، قال في "الفتح"^(٣): ((فيتوقف - أي: قبول الفضولي - على إجازة المحتال إذا بلغه)).

[٢٥٨٤١] (قوله: ورضا الباقيين) كذا في بعض النسخ يباعين ثانيتهما ياء التثنية، وفي عامة النسخ^(٤) بياء واحدة على أنه جمع^(٥) أريد به ما فوق الواحد. ثم لا يخفى أن اشتراط رضا المحيل مبني على رواية "القدوري"، وهي^(٦) خلاف المختار كما قدمه^(٧)، فالأحسن عبارة "الغرر"^(٨) متن "الدرر"، وهي: ((وشروط حضور الثاني إلا أن يقبل فضولي له، لا حضور الباقيين^(٩))). اهـ.

(١) المقولة [٢٥٨٣١] قوله: ((والحوالة شرط لصحتها إلخ)).

(٢) "الدرر والغرر": كتاب الحوالة ٣٠٨/٢.

(٣) "الفتح": كتاب الحوالة ٣٤٧/٦.

(٤) كما في "و" و"ط".

(٥) في "ب": ((جميع))، وهو خطأ.

(٦) في "ث": ((وهو)).

(٧) ص ٢١٢ - "در".

(٨) "الدرر والغرر": كتاب الحوالة ٣٠٨/٢.

(٩) في "ث": ((الباقيين)).

لا حُضورُهما))، وأقرُّهُ "المصنّف" ^(١).

فلم يذكُرْ اشتراطَ رضاها فيصدقُ بكلِّ مِنَ الرّوايَتَيْنِ، وقال في "الدُّرر" ^(٢): ((أما عَدَمُ اشتراطِ حُضورِ الأوَّلِ وهو المُحيلُ فبأن يقولَ رجلٌ للدَّائِن: لك على فُلانٍ بنِ فُلانٍ ألفُ درهمٍ فاحتلَّ بها عليّ، فَرَضِيَ الدَّائِنُ فَإِنَّ الحِوَالََةَ تَصِحُّ، حتّى لا يكونَ له أن يرجِعَ. وأما عَدَمُ اشتراطِ حُضورِ الثَّالِثِ وهو المُحتالُ عليه فبأن يُحيلَ الدَّائِنُ على رجلٍ غائبٍ، ثُمَّ عَلِمَ الغائبُ قَبْلَ صَحَّتِ الحِوَالََةُ، كذا في "الجانّية" ^(٣)) اهـ.

قلتُ: فلم يذكُرْ في هذا التّصويرِ رضا المُحيلِ الغائبِ، وذكُرَ في الثَّاني رضا المُحتالِ عليه الغائبِ، وذلك مَبْنِيٌّ على روايةِ "الزِّيادات" المختارة كما مرَّ ^(٤).

(قولُ "الشارح": لا حُضورُهما) أي: معاً، وإلا فلا بدَّ مِنْ حُضورِ أحدهما ورضاه ^(٥) حتّى يتحقّقَ عَقْدُ الحِوَالََةِ بالإيجابِ والقَبُولِ؛ إذ رُكْنُها الإيجابُ والقَبُولُ كما نَقَلَهُ "ط" عن "البدائع" وإن كان ظاهرُ عبارَتِهِ أَنَّهُ لا يَشْتَرُطُ حُضورُهما أصلاً، ولذا استدرَكَ به على ما قبلَهُ المفيدُ اشتراطَ القَبُولِ في مجلسِ الإيجابِ، ويذكُرُ على ذلك تصويرُ "الدُّرر" الآتي. وكانَّ وجهَ الاستدراكِ أَنَّ الكلامَ السَّابِقَ إِنما يُفِيدُ انعقادَها بالإيجابِ والقَبُولِ، ولا يُفِيدُ اشتراطَ حُضورِ المُحتالِ حتّى يكونَ قابلاً لها، وقد أفادَ هذا الاستدراكُ أَنَّهُ شرطٌ.

(قولُهُ: حتّى لا يكونَ له أن يرجِعَ) بخلافِ ما لو قيلَ للمديونِ: عليك ألفُ لِفُلانٍ فأجلُّهُ بها عليّ، فقال المديونُ: أحلَّتْ، ثُمَّ بَلَغَ الطَّالِبُ فأجازَ لا يَجُوزُ عندَ "الإمام" و"محمّد"، كذا في "البرازية"، "سندي".

(١) هذا الموضع ساقط من مخطوطة "المنح" التي بين أيدينا.

(٢) "الدُّرر والغرر": كتاب الحِوَالََةِ ٣٠٨/٢.

(٣) "الجانّية": كتاب الكفالة والحِوَالََةِ - مسائل الحِوَالََةِ ٧٣/٣ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) للمقولة [٢٥٨٣٩] قوله: ((لكنَّ في "الدُّرر" وغيرها)).

(٥) في مطبوعة "التقريرات" التي بين أيدينا: ((ورضا)) دون هاء، وصوابه ما أثبتناه.

(وتَصِحُّ فِي الدَّيْنِ) الْمَعْلُومِ

[٢٥٨٤٢] (قوله: وَتَصِحُّ فِي الدَّيْنِ) الشَّرْطُ كَوْنُ الدَّيْنِ لِلْمُحْتَالِ عَلَى الْمُحِيلِ، وَإِلَّا فَهِيَ وَكَالَةُ لَا حَوَالَةَ، وَأَمَّا الدَّيْنُ عَلَى الْمُحَالِ عَلَيْهِ فَلَيْسَ بِشَرْطٍ، أَفَادَهُ فِي "الْبَحْرِ"^(١)، وَفِيهِ^(٢) عَنْ "الْمَحِيطِ": ((وَلَوْ أَحَالَ الْمُحَالُ عَلَيْهِ الْمُحْتَالَ عَمَى آخَرَ جَازَ وَبَرِيَ الْأَوَّلُ، وَالْمَالُ عَلَى الْآخِرِ كَالْكَفَالَةِ مِنْ الْكَفِيلِ)) اهـ. فَدَخَلَ فِي الدَّيْنِ ذَيْنُ الْحَوَالَةِ كَمَا دَخَلَ ذَيْنُ الْكَفَالَةِ، فَإِنَّ الْكَفِيلَ لَوْ أَحَالَ الصَّالِبَ جَازَ كَمَا يَأْتِي^(٣). وَفِي "الْبَزَازِيَّةِ"^(٤): ((كُلُّ ذَيْنٍ جَازَتْ بِهِ الْكَفَالَةُ جَازَتْ بِهِ الْحَوَالَةُ))، وَفِي "الْهِنْدِيَّةِ"^(٥): ((مَا لَا تَجُوزُ بِهِ الْكَفَالَةُ لَا تَجُوزُ بِهِ الْحَوَالَةُ)).

[٢٥٨٤٣] (قوله: الْمَعْلُومِ) فَلَوْ احْتَالَ بِمَالٍ مَجْهُولٍ عَلَى نَفْسِهِ بِأَنْ قَالَ: احْتَلْتُ بِمَا يَذُوبُ لَكَ عَلَى فُلَانٍ لَا تَصِحُّ الْحَوَالَةُ مَعَ جَهَالَةِ الْمَالِ، وَلَا تَصِحُّ الْحَوَالَةُ أَيْضاً بِهَذَا اللَّفْظِ، "بَحْر"^(٦) عَنْ "الْبَزَازِيَّةِ"^(٧).

(قوله: فَلَوْ احْتَالَ بِمَالٍ مَجْهُولٍ عَلَى نَفْسِهِ) (إِلَخ) أَي: مَجْهُولٌ ثُبُوتُهُ عَلَى الْمُحِيلِ، وَلَيْسَ الْمُرَادُ مَجْهُولُ الْقَدْرِ، فَإِنَّ عِبَارَةَ "الْبَزَازِيَّةِ" لَا تُفِيدُ اشْتِرَاطَ عَدَمِهِ، بَلْ مَا يَأْتِي عَنْ "الذَّخِيرَةِ" يُفِيدُ ذَلِكَ كَمَا نَقَلَهُ الْمُحَشِّي عَنْهَا وَعَنْ "الْبَحْرِ"، وَكَذَا مَا قَدَّمَهُ الْمُحَشِّي فِي الْكَفَالَةِ قَبِيلَ قَوْلِ "الْمَصْنَفِ": ((وَكِفَالَتُهُ بِالذَّرَكِ [إِلَخ]) عَنْ "شرح التحرير"، تَأَمَّلْ. وَالظَّاهِرُ أَنَّ الضَّمِيرَ فِي ((نَفْسِهِ)) رَاجِعٌ لِلْمُحِيلِ، أَي: أَنَّهُ مَجْهُولٌ عَلَيْهِ بِسَبَبِ عَدَمِ مَعْرِفَتِهِ أَنَّهُ يَثْبُتُ أَوْ لَا، أَوْ رَاجِعٌ لِلْمُحْتَالِ عَلَيْهِ، وَالْجَارُ مُتَعَلِّقٌ بـ ((احْتَالَ)).

(١) "البحر": كتاب الحوالة ٢٦٩/٦.

(٢) "البحر": كتاب الحوالة ٢٧٦/٦.

(٣) المقولة [٢٥٨٤٣] قوله: ((وَبَرِيَ الْمُحِيلُ مِنَ الدَّيْنِ [إِلَخ])).

(٤) "البرزازية": كتاب الحوالة ٢٤/٦ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٥) "الفتاوى الهندية": كتاب الحوالة - الباب الأول في تعريفها وركبتها وشرائطها وأحكامها ٢٩٦/٣ بتصرف، نقلاً عن "البدائع".

(٦) "البحر": كتاب الحوالة ٢٧٠/٦.

(٧) "البرزازية": كتاب الحوالة ٢٩/٦ (هامش "الفتاوى الهندية").

(لا في العَيْنِ) زَادَ فِي "الْجَوْهَرَةِ"^(١): ((وَلَا فِي الْحُقُوقِ)) انْتَهَى، وَبِهِ عُرِفَ أَنَّ حَوَالَةَ الْغَازِي بِحَقِّهِ مِنْ غَنِيمَةٍ مُحَرَّرَةٍ.....

[٢٥٨٤٤] (قَوْلُهُ: لَا فِي الْعَيْنِ) لِأَنَّ النَّقْلَ الَّذِي تَضَمَّنَتْهُ نَقْلٌ شَرْعِيٌّ، وَهُوَ لَا يُتَصَوَّرُ فِي الْأَعْيَانِ، بَلِ الْمَتَصَوَّرُ فِيهَا النَّقْلُ الْحَسْبِيُّ، فَكَانَتْ نَقْلًا لِلْوَصْفِ الشَّرْعِيِّ وَهُوَ الدَّيْنُ، "فَتْح"^(٢). قَالَ فِي "الشَّرْنِبِلَالِيَّةِ"^(٣): ((يَرَدُّ عَلَيْهِ مَا سَيَذْكُرُهُ مِنْ أَنَّهَا تَصَحُّ بِالْأَرْهَامِ الْوَدِيعَةِ؛ إِذْ لَيْسَ فِيهَا نَقْلُ الدَّيْنِ، وَكَذَا الْغَضَبُ عَلَى الْقَوْلِ بِأَنَّ الْوَاجِبَ فِيهِ رَدُّ الْعَيْنِ، وَالْقِيَمَةُ مَحْلُصٌ. وَدَفْعُ الْإِيرَادِ بِأَنَّ الْحَوَالَةَ بِالْوَدِيعَةِ وَكَالَةَ حَقِيقَةٍ)) اهـ.

قُلْتُ: فِيهِ نَظَرٌ؛ لِمَا سَيَأْتِي^(٤) فِي الْحَوَالَةِ الْمُقَيَّدَةِ بِوَدِيعَةٍ وَنَحْوِهَا أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ الْمُحِيلُ مُطَابَقَةَ الْمُحْتَالِ عَلَيْهِ، وَلَا الْمُحْتَالَ عَلَيْهِ دَفْعَهَا لِلْمُحِيلِ، وَلَا يَخْفَى أَنَّ الْوَكَالََةَ حَقِيقَةٌ تُتَابَعُ ذَلِكَ، فَالضَّوَابُّ فِي دَفْعِ الْإِيرَادِ أَنَّ النَّقْلَ مَوْجُودٌ؛ لِأَنَّ الْمَدْيُونِ إِذَا أَحَالَ الدَّائِنَ عَلَى الْمُودِعِ فَقَدْ انْتَقَلَ الدَّيْنُ عَنِ الْمَدْيُونِ إِلَى الْمُودِعِ، وَصَارَ الْمُودِعُ مُطَالِبًا بِالْأَرْهَامِ كَأَنَّهُ فِي ذِمَّتِهِ، فَكَانَتْ^(٥) حَوَالَةُ الدَّيْنِ لَا بِالْعَيْنِ. نَعَمْ لَوْ أَحَالَ الْمُودِعُ رَبَّ الْوَدِيعَةِ بِهَا عَلَى آخَرَ كَانَتْ حَوَالَةُ الدَّيْنِ بِالْعَيْنِ فَلَا تَصَحُّ.

مَطْلَبٌ فِي حَوَالَةِ الْغَازِي وَحَوَالَةِ الْمُسْتَحَقِّ مِنَ الْوَقْفِ

[٢٥٨٤٥] (قَوْلُهُ: وَبِهِ عُرِفَ أَنَّ حَوَالَةَ الْغَازِي) مُصَدَّرٌ مُضَافٌ لِنَافِعِيهِ، أَي: إِحَالَتُهُ غَيْرُهُ عَلَى الْإِمَامِ،

(قَوْلُ "الشَّارَحِ": زَادَ فِي "الْجَوْهَرَةِ": وَلَا فِي الْحُقُوقِ) أَشَارَ فِي "شرح نظم الكنز" إِلَى تَمْثِيلِهِ بِأَنَّ يُحْيِلُهُ بِحَقِّ الشُّفْعَةِ الثَّابِتِ لَهُ عَلَى الْمُشْتَرِي. انْتَهَى "سِنْدِي".

(١) "الْجَوْهَرَةُ النُّورَةُ": كِتَابُ الْحَوَالَةِ ١/٣٨٠.

(٢) "الْفَتْح": كِتَابُ الْحَوَالَةِ ٦/٣٤٦.

(٣) "الشَّرْنِبِلَالِيَّةُ": كِتَابُ الْحَوَالَةِ ٢/٣٠٨ (هَامِشُ "الدَّرَرِ وَالْفَرَرِ").

(٤) الْمَقُولَةُ [٢٥٨٨٩] قَوْلُهُ: ((وَحُكْمُهَا: [إِلَخ])).

(٥) فِي "الْأَصْلِ" وَ"٦": ((وَكَانَتْ)) بِالْوَاوِ.

وعبارة "النهر"^(١): ((وبه عُرِفَ أَنَّ الحوالةَ على الإمامِ مِنَ الغازي (إلخ))، ولا ينفى أنَّ ما ذكره غيرُ ما نحن فيه؛ إذ كلامُ "المصنّف" في بيان المكفولِ به، فذكرَ أَنَّهُ الحالُ لا العَيْنُ ولا الحقوقُ، فإذا استدانَ الغازي ديناً من زيدٍ ثمَّ أحالَهُ به على الإمامِ صحَّتِ الحوالةُ، سواءَ قَيَّدَها بأنَّ يُعطيه الإمامُ من حقِّهِ مِنَ الغنيمةِ المُحرَّرةِ أو لا؛ لأنَّ المُحالَ عليه لا يُشترطُ أن يكونَ عليه للمُحيلِ دينٌ أو عَمَنٌ مِن وديعةٍ أو غيرها؛ ولأنَّ المُحالَ به دينٌ صحيحٌ معلومٌ، فالقولُ بَعْدَ صحَّتِها ليس له وجهٌ صحَّةً أصلاً، [١٨٨ق/٣٦] وهكذا يُقالُ في المُستحقِّ إذا استدانَ ثمَّ أحوالَ الدَّائِنِ على الناظرِ، سواءَ قَيَّدَ الحوالةَ بمعلوميهِ الذي في يدِ الناظرِ أو لا، فهي أيضاً مِنَ الحوالةِ بالدَّيْنِ لا بالحقوقِ، نَعَمْ لو أحوالَ الإمامِ الغازي، أو أحوالَ الناظرِ المُستحقِّ على آخرِ كانَ مَظِنَّةً أن يُقالَ: إنَّها مِنَ الحوالةِ بالحقوقِ؛ لأنَّ الغنيمةَ إذا أُحرِزَت بدارنا يَتَأَكَّدُ فيها حقُّ الغانمينَ، ولا تَمْلِكُ إلَّا بالقِسْمةِ^(٢)، ولا يُقالُ: إنَّ الوارثَ^(٣) إذا ماتَ بعدَ الإحرازِ قبلَ القِسْمةِ يُورَثُ نصيبُهُ فيقتضي الملكُ قبلَ القِسْمةِ؛ لأنَّا نقولُ: إنَّ الحقَّ المُتَأَكَّدُ يُورَثُ كحقِّ حَبْسِ الرِّهْنِ والرَّذِّ بالعيبِ، بخلافِ الضَّعيفِ كالشُّفْعَةِ وخيارِ الشَّرْطِ كما قَدَّمناه^(٤) عن "الفتح" في بابِ المَغْنَمِ وقِسْمَتِهِ، وكذا يُقالُ في غَلَّةِ الوقفِ، فإنَّ نصيبَ المُستحقِّ يُورَثُ عنه إذا ماتَ قبلَ القِسْمةِ بعدَ ظُهورِ غَلَّةِ الوقفِ في وقفِ الدُّرَيْيَّةِ، أو بعدَ عملِ صاحبِ الوظيفةِ كما قَدَّمناه هناك^(٥). ومقتضى هذا أن لا تَصِحَّ هذه الحوالة؛ لأنَّ كلاً مِنَ الغازي والمُسْتَحَقِّ لم يَثْبُتْ له دينٌ في ذِمَّةِ الإمامِ والناظرِ، نَعَمْ تكونُ وكالةً بالقَبْضِ مِنَ المُحالِ عليه كما يأتي^(٦) في قولِ "المصنّف": ((وإنَّ قال المُحيلُ للمُحتالِ))، وهذا يَقَعُ كثيراً، فإنَّ الناظرَ يُحيلُ

(١) "النهر": كتاب الحوالة في ٤٢٤/ب.

(٢) في "ك": ((بالغنيمة))، وهو تحريف.

(٣) قال شيخنا علامة بلاد الشام وشيخ الجامع الأموي بدمشق عبد الرزاق الحلبي حفظه الله: ((لعلَّ صواب العبارة:

إنَّ المُستحقَّ إذا مات ... (إلخ)).

(٤) المقولة [١٩٦٦] قوله: ((لتأكَّد يَلِكِهِ)).

(٥) ص. ٢٣٠- "در".

لا تصح، وكذا حواله المستحق. بمعلومه في الوقف على الناظر، "نهر"^(١)، ثم قال بعد ورقين^(٢): ((وهذا في الحواله المطلقة ظاهر،))

المستحق على مستأجر عقار الوقف، وقد أفتى في "الحامدية"^(٣) بأنه^(٤) لو مات الناظر قبل أخذ المحتال فللناظر الثاني أخذه، لكن ذكرنا^(٥) في باب المغنم أن غلة الوقف بعد ظهورها يتأكد فيها حق المستحقين فتورث عنهم، وأما بعد قبض الناظر لها فينبغي أن تصير ملكاً لهم للشركة الخاصة، بخلاف المغنم، فإنه لا يملك إلا بعد القسمة، حتى لو اعتق أحد الغانين حصته من أمة لا تعتق للشركة العامة إلا إذا قسمت الغنيمة على الرايات فيصح للشركة الخاصة. وعلى هذا فإذا صارت الغلة في يد الناظر صارت أمانة عنده ملكاً للمستحقين، لهم مطالبتة بها، ويحبس إذا امتنع من أدائها، ويضمنها^(٦) إذا استهلكها أو هلك بعد الطلب، فإذا أحال الناظر بعض المستحقين على آخر^(٧) لا يصح؛ لأنها حواله بالعين لا بالدين، إلا إذا كان الناظر استهلكها أو خلطها بماله فتصير ديناً بذمته، فتصح الحواله؛ لأنها حواله بالدين لا بالعين ولا بالحقوق. فقد ظهر أن هذه الحواله لا تكون من الحواله بالحقوق أصلاً، سواء كان الغازي أو الناظر محيلاً أو محتالاً، وسواء كانت الحواله مطلقه أو مقيدة، وأن ما ذكره "الشارح" عن "النهر" غير محرر، فافهم وتدبر واغنم تحرير هذا المقام، فإنه من فيض ذي الجلال والإكرام.

[٢٥٨٤٦] (قوله: لا تصح) قد علمت أنه لا وجه له.

[٢٥٨٤٦] (قوله: وهذا في الحواله المطلقة ظاهر) لتصريحهم باختصاصها بالديون؛ لابتنائها

على النقل، "نهر"^(٨).

(١) "النهر": كتاب الحواله ق ٤٢٤/ب بتصرف.

(٢) "النهر": كتاب الحواله ق ٤٢٥/ب بتصرف.

(٣) انظر "العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية": كتاب الحواله ٢٩٤/١.

(٤) في "٣": ((أنه)) بلا باء.

(٥) المقوله [١٩٦٦٣] قوله: ((ردّه في "النهر")).

(٦) في "٣": ((ويضمن)).

(٧) في "ك": ((الآخر)).

(٨) "النهر": كتاب الحواله ق ٤٢٥/ب.

وأما المقيدة ففي "البحر"^(١): إن مال^(٢) الوقف^(٣) في يد الناظر ينبغي أن تصح كالإحالة على المودع وإلا لا؛ لأنها مطالبة، انتهى. ومقتضاه: صحتها بحق الغنيمة، وعندي فيه تردد^(٤).

قلت: وهذه حوالة بالدين وإن كانت مطلقة، بل الصحة فيها أظهر من عديمها؛ لأن الحوالة المطلقة على ما يأتي^(٥): أن لا يُقيد التحيل بدين له على المحال عليه ولا بعين له في يده، فإذا أحال المستحق غريمه بدينه على الناظر حوالة مطلقة فلا شك في صحتها.

[٢٥٨٤٨] (قوله: ينبغي أن تصح) لما علمت من أن مال الوقف في يده أمانة، ولكن إذا صحت لا تكون من الحوالة بالحقوق؛ لأن المستحق إنما أحال دأته بدين صحيح، بل هي حوالة بالدين مقيدة بما عند المحال عليه، وهو الناظر.

[٢٥٨٤٩] (قوله: كالأحالة على المودع) بجامع أن كلاً منهما أمين ولا دين عليه، "ط"^(٦).

[٢٥٨٥٠] (قوله: لأنها مطالبة) أي: لأن الحوالة تثبت المطالبة، ولا مطالبة على الناظر فيما لم يصل إليه من مال الوقف الذي قيدت الحوالة به.

[٢٥٨٥١] (قوله: انتهى) أي: كلام "البحر". وقوله: ((ومقتضاه إلخ)) من كلام "النهر" أيضاً، فافهم.

[٢٥٨٥٢] (قوله: وعندي فيه تردد) نقله "الحموي" وأقره. ويؤيد الصحة ما ذكره في المنع: أنه يورث عنه؛ لتأكد ملكه فيه، [١/١٨٩/٣] وقد وجد الجامع للقياس فيها وفي الودعية، "ط"^(٧).

(قوله: ما ذكره في المنع: أنه يورث عنه لتأكد ملكه فيه، وقد وجد الجامع للقياس فيها وفي الودعية) حقه في المنع وإن كان متأكداً إلا أنه لا يملك، فلم يكن كالودعية المقيس عليها، فلم يزل التردد في صحة هذه الحوالة موجوداً على ما ذكره.

(١) "البحر": كتاب الحوالة ٢٧٦/٦ بتصرف.

(٢) في "د": ((إن كان مالاً)).

(٣) في "و": ((المال)) بدل ((مال الوقف)).

(٤) المقولة [٢٥٨٩١] قوله: ((بخلاف الحوالة المطلقة)).

(٥) "ط": كتاب الحوالة ١٦٩/٣.

((وَبَرِئَ الْمُحِيلُ مِنَ الدَّيْنِ) والمطالبة جميعاً.....))

{٢٥٨٥٣} (قوله: وَبَرِئَ الْمُحِيلُ مِنَ الدَّيْنِ إلخ) أي: براءةٌ مُؤَقَّتَةٌ بَعْدَ التَّوَيِّ. وفائدةُ بَرَأْتِهِ: أَنَّهُ لَوْ مَاتَ لَا يَأْخُذُ الْمُحْتَالُ الدَّيْنَ مِنْ تَرْكِهِ، وَلَكِنَّهُ يَأْخُذُ كَفِيلًا مِنْ وَرَثَتِهِ أَوْ مِنَ الْغُرَمَاءِ مَخَافَةَ أَنْ يَتَوَيَّ حَقَّهُ، كَذَا فِي "شرح المجمع"، "ط"^(١). ومقتضى البراءة أَنَّ الْمُشْتَرِي لَوْ أَحَالَ الْبَائِعَ عَلَى آخَرٍ بِالْثَمَنِ لَا يَحْبِسُ الْمُبِيعَ، وَكَذَا لَوْ أَحَالَ الرَّاهِنُ الْمُرْتَهِنَ بِالَّذِينَ لَا يَحْبِسُ الرَّهْنَ، وَلَوْ أَحَالَهَا بِصَدَاقِهَا لَمْ تَحْبِسْ نَفْسَهَا، بِخِلَافِ الْعَكْسِ، أَي: إِحَالَةُ الْبَائِعِ غَرْمَهُ عَلَى الْمُشْتَرِي بِالْثَمَنِ، أَوْ الْمُرْتَهِنِ غَرْمَهُ عَلَى الرَّاهِنِ، أَوْ الْمَرْأَةِ عَلَى الزَّوْجِ، وَالْمَذْكُورُ فِي "الزِّيَادَاتِ" عَكْسُ هَذَا، وَهُوَ أَنَّ الْبَائِعَ وَالْمُرْتَهِنَ إِذَا أَحَالَ سَقَطَ حَقُّهُمَا فِي الْحَبْسِ، وَلَوْ أَحِيلَا لَمْ يَسْقُطَ، وَتَمَامُهُ فِي "البحر"^(٢).

قُلْتُ: وَوَجْهُهُ ظَاهِرٌ، وَهُوَ أَنَّ الْبَائِعَ وَالْمُرْتَهِنَ إِذَا أَحَالَ غَرْمًا لِهَمَا عَلَى الْمُشْتَرِي أَوْ الرَّاهِنِ سَقَطَتْ مُطَالَبَتُهُمَا، فَيَسْقُطُ حَقُّهُمَا فِي الْحَبْسِ، بِخِلَافِ مَا لَوْ أَحِيلَا، فَإِنَّ مُطَالَبَتَهُمَا بَاقِيَةٌ كَمَا أَوْضَحَهُ "الزِّيَالِيُّ"^(٣)، قَالَ فِي "البحر"^(٤): ((وَفِي قَوْلِهِ: بَرِئَ الْمُحِيلُ إِشَارَةٌ إِلَى بَرَاءَةِ كَفِيلِهِ، فَإِذَا أَحَالَ الْأَصِيلُ الطَّالِبَ بَرِئًا، كَذَا فِي "المحيط") اهـ.

٢٩١/٤

وقوله: ((وَالْمُطَالَبَةُ جَمِيعًا)) دَخَلَ فِيهِ مَا لَوْ أَحَالَ الْكَفِيلُ^(٥) الْمَكْفُولَ لَهُ وَنَصَّ عَلَى بَرَأَتِهِ فَإِنَّهُ يَبْرَأُ عَنِ الْمُطَالَبَةِ، وَإِنْ أَطْلَقَ الْحَوَالَةَ بَرِئَ الْأَصِيلُ أَيْضًا، "نَهْر"^(٦)، وَفِي "حَاشِيَةِ الْبَحْرِ" لـ "الرَّمْلِيِّ": ((يُؤْخَذُ مِنَ بَرَاءَةِ الْمُحِيلِ أَنَّ الْكَفِيلَ لَوْ أَحَالَ الْمَكْفُولَ لَهُ عَلَى الْمُدْيُونِ بِالَّذِينَ الْمَكْفُولُ بِهِ وَقِيلَهُ بَرِئَ، وَهِيَ وَاقِعَةُ الْفَتَوَى)) اهـ. وَأَطَالَ فِي الْإِسْتِشْهَادِ لَهُ.

(١) "ط": كتاب الحوالة ١٦٩/٣.

(٢) انظر "البحر": كتاب الحوالة ٣٧١/٦ بتصرف.

(٣) انظر "تبيين الحقائق": كتاب الحوالة ١٧٢/٤.

(٤) "البحر": كتاب الحوالة ٣٧١/٦.

(٥) (الكفيل) ساقطة من "م".

(٦) "النهر": كتاب الحوالة ق ٤٢٤/ب - ٤٢٥/أ.

(بِالْقَبُولِ) مِنَ الْمُحْتَالِ لِلْحَوَالَةِ (ولا^(١)) يَرْجِعُ الْمُحْتَالُ عَلَى الْمُحِيلِ.....

[٢٥٨٥٤] (قوله: بِالْقَبُولِ مِنَ الْمُحْتَالِ) اقْتَصَرَ عَلَيْهِ تَبَعاً لـ "البحر"^(٢)، وَزَادَ فِي "النَّهْرِ"^(٣): ((وَالْمُحْتَالُ عَلَيْهِ))، وَهُوَ مُخَالِفٌ لِمَا قَدَّمَهُ^(٤) ((مِنْ أَنَّ الشَّرْطَ قَبُولُ الْمُحْتَالِ أَوْ نَائِبِهِ وَرِضَا الْبَاقِيْنَ))، وَأَفَادَ أَنَّهُ لَا يَلْزَمُ قَبْضُ الْمُحْتَالِ فِي الْمَجْلِسِ إِلَّا إِذَا كَانَ صَرَفًا، بَأَنَّ كَانَ ذَيْنَهُ ذَهَبًا فَأَحَالَ عَنْهُ بِفَضَّةٍ جَازٍ إِنْ قَبِلَ^(٥) الْغَرِيمُ نَاقِداً فِي مَجْلِسِ الْمُحِيلِ وَالْمُحْتَالِ، وَتَمَامُهُ فِي "البحر"^(٦) عَنْ "تَلْخِيصِ الْجَمَاعِ".

[٢٥٨٥٥] (قوله: وَلَا يَرْجِعُ الْمُحْتَالُ عَلَى الْمُحِيلِ إلخ) هَذَا إِذَا لَمْ يَشْتَرِطِ الْخِيَارَ لِلْمُحَالَ، أَوْ لَمْ يَفْسَخْهُا الْمُحِيلُ وَالْمُحْتَالُ، أَمَّا إِذَا جَعَلَ لِلْمُحَالَ الْخِيَارَ، أَوْ أَحَالَهُ عَلَى أَنَّهُ لَمْ يَرْجِعْ عَلَى أَيِّهِمَا شَاءَ صَحَّ، "بِرَازِيَّةٍ"^(٧). وَكَذَا إِذَا فُسِّخَتْ رَجْعُ الْمُحْتَالِ عَلَى الْمُحِيلِ بِدَيْنِهِ، وَلِذَا قَالَ فِي "الْبِدَائِعِ"^(٨): ((إِنَّ حَكْمَهَا^(٩)) يَنْتَهِي بِفَسْخِهَا وَبِالتَّوَيَّ)، وَفِي "الْبِرَازِيَّةِ"^(١٠): ((وَالْمُحِيلُ

(قوله: وَزَادَ فِي "النَّهْرِ": وَالْمُحْتَالُ عَلَيْهِ إلخ) الظَّاهِرُ مَا نَقَلَهُ فِي "النَّهْرِ"؛ إِذْ لَيْسَ الْكَلَامُ فِي صَحْوِ عَقْدِ الْكِفَالَةِ^(١١) حَتَّى يُقَالَ: إِنَّهُ يَتِمُّ بَقَبُولِ الْمُحْتَالِ بِشَرْطِ رِضَا الْبَاقِيْنَ، بَلْ فِي بَرَاءَةِ الْمُحِيلِ مِنَ الدَّيْنِ، وَهِيَ مُتَوَقَّفَةٌ عَلَى قَبُولِ الْمُحْتَالِ عَلَيْهِ أَيْضًا، لَكِنْ يُرَادُ بِهِ بِالنِّسْبَةِ لَهُ مَا يَشْمَلُ الرِّضَا، وَفِي "الْعَنَائَةِ": ((الْمُرَادُ بِالْقَبُولِ رِضَا مَنْ رِضَاهُ شَرْطٌ فِيهَا)) اهـ. وَفِي "تَخْتَصِرِ الْقُدُورِيِّ": ((الْحَوَالَةُ إِذَا تَمَّتْ بِقَبُولِ الْمُحْتَالِ لَهُ وَالْمُحْتَالُ عَلَيْهِ بِرِئِ الْمُحِيلِ)) اهـ. وَهَذَا يُوَافِقُ مَا فِي "النَّهْرِ".

(١) فِي "ذ" وَ"و": ((فَلَا)).

(٢) "البحر": كِتَابُ الْحَوَالَةِ ٢٧١/٦.

(٣) "النهر": كِتَابُ الْحَوَالَةِ ٤٢٤ ق/ب.

(٤) ص ٢١٤ - وَمَا يَعْدُهَا "د".

(٥) فِي "ت": ((قَبْلَهُ)).

(٦) انْظُرْ "البحر": كِتَابُ الْحَوَالَةِ ٢٧١/٦ بِتَصْرِفٍ.

(٧) "البرازية": كِتَابُ الْحَوَالَةِ ٢٩/٦ (هَامِشُ "الْفَتَاوَى الْهِنْدِيَّة").

(٨) "البدائع": كِتَابُ الْحَوَالَةِ - فَصْلٌ: بَيَانٌ مَا يَخْرُجُ بِهِ الْمُحَالَ عَلَيْهِ مِنَ الْحَوَالَةِ ١٨/٦ بِتَصْرِفٍ.

(٩) فِي "الْأَصْلِ": ((حَكْمَهَا)).

(١٠) "البرازية": كِتَابُ الْحَوَالَةِ ٢٩/٦ بِتَصْرِفٍ (هَامِشُ "الْفَتَاوَى الْهِنْدِيَّة").

(١١) نَقُولُ: كَذَا عِبَارَةٌ مَطْبُوعَةٌ "التَّغْرِيرَاتِ"، وَلَعَلَّ صَوَابَ الْعِبَارَةِ: ((الْحَوَالَةِ)) بَدَلُ ((الْكِفَالَةِ)).

إِلَّا بِالتَّوَى) بِالْقَصْرِ،

والمُحْتَالُ يَمْلِكُ النَّقْضَ فَيَبْرَأُ الْمُحْتَالُ عَلَيْهِ))، وفي "الذخيرة": ((إذا أحوال المديون الطالب على رجل بألفٍ أو بجميع حقه وقبل منه، ثم أحواله أيضاً بجميع حقه على آخر وقبل منه صار الثاني نقضاً للأول وبرئ الأول)) اهـ "بجر"^(١).

قلتُ: وكذا تبطل لو أحوال البائع على المشتري بالثمن، ثم استحق المبيع، أو ظهر أنه حرٌّ، لا لو ردَّ بعيبٍ ولو بقضاء، وكذلك لو مات العبد قبل القبض. وإذا مات المُحَالُّ عليه مديوناً قسِمَ ماله بين الغرماء وبين المُحَالِّ بالحصص^(٢)، وما بقي له يرجع به على المُحِيلِ، وإن مات المُحِيلُ مديوناً فما قبض المُحْتَالُ في حياته فهو له، وما لم يقبضه فهو بينه وبين الغرماء. اهـ مُلَخَّصاً من "كافي الحاكم".

[٢٥٥٨٩] (قوله: إِلَّا بِالتَّوَى) وَزَانُ حَصَى، وَقَدْ يُمَدُّ، "مصباح"^(٣). يُقَالُ: تَوَى الْمَالُ بِالْكَسْرِ يَتَوَى تَوًى^(٤)، وَأَتَوَاهُ غَيْرُهُ، "بجر"^(٥) عن "الصَّحاح"^(٦).

(قوله: لا لو ردَّ بعيبٍ ولو بقضاء الخ) ما ذكرته من عَدَمِ الْبُطْلَانِ فِي هَذِهِ وَمَا بَعْدَهَا اسْتِحْسَانٌ، وَالْقِيَاسُ الْبُطْلَانُ كَمَا قَالَ "زُفَرٌ". وَجْهُ الْقِيَاسِ: أَنَّ الْكِفَالَ مُقَيَّدَةٌ بِالثَّمَنِ، وَقَدْ بَطُلَ فَبُطِلَ الْحَوَالَةُ، وَوَجْهُ الْاسْتِحْسَانِ: أَنَّهُ قَيَّدَ الْحَوَالَةُ بِالثَّمَنِ وَلَمْ يَتَبَيَّنْ أَنَّ الثَّمَنَ لَمْ يَكُنْ وَاجِباً لِيُظْهَرَ بُطْلَانُ الْحَوَالَةِ، بَلْ يَسْقُطُ لِلْحَالِ، فَلَا يَظْهَرُ فِي حَقِّ الْغَرِيمِ الْمُحْتَالِ، بِخِلَافِ الْاسْتِحْقَاقِ وَالْحَرِيَّةِ؛ لِأَنَّهُ ظَهَرَ بِذَلِكَ أَنَّ الثَّمَنَ لَمْ يَكُنْ وَاجِباً أَصْلًا، فَلَمْ يَثْبُتْ مَا قَيَّدَ بِهِ الْحَوَالَةُ فَلَمْ تَكُنْ صَحِيحَةً. اهـ "منيع".

(١) "البحر": كتاب الحوالة ٦/٢٦٨.

(٢) في "الأصل": ((في الحصص)).

(٣) "المصباح": مادة ((توي)).

(٤) في "الأصل" و"ك" و"ب" و"و" و"ت" و"ب": ((تواه)) بالمد، وما أثبتناه من "م" موافق لما في "البحر" و"الصَّحاح".

(٥) "البحر": كتاب الحوالة ٦/٢٧٢.

(٦) "الصَّحاح": مادة ((توي)).

وَيَمْدُ: هلاك المال؛ لأنَّ براءته مُقَيَّدَةٌ بِسَلَامَةِ حَقِّهِ، وَقَيَّدَهُ فِي "البحر": ((بأنَّ لا يكونُ المُحِيلُ هو المُحتالُ عليه ثانياً))،.....

[٢٥٨٥٧] (قوله: هلاك المال) هذا معناه اللغوي، ومعناه الاصطلاحي ما ذكره "المصنف"، "بحر" (١).

[٢٥٨٥٨] (قوله: لأنَّ براءته) أي: براءة المُحِيلِ مِنَ الدَّيْنِ ((مُقَيَّدَةٌ بِسَلَامَةِ حَقِّهِ)) أي: حَقُّ المُحتالِ. واخْتَلَفَ المَشَايِخُ فِي كَيْفِيَّةِ عَوْدِ الدَّيْنِ، فَقِيلَ: بِفَسْخِ الحَوَالَةِ، أَيْ: يَفْسَخُهَا المُحتالُ كالمُشتري إِذَا وَجَدَ بالمُبيعِ عَيْباً، وَقِيلَ: تَنْفَسِخُ كالمُبيعِ إِذَا هَلَكَ قَبْلَ الْقَبْضِ، وَقِيلَ: فِي المَوْتِ تَنْفَسِخُ، وَفِي الجُحُودِ لَا تَنْفَسِخُ، وَلَمْ أَرَأْ أَنَّ فَسْخَ المُحتالِ هَلْ يَحْتَاجُ إِلَى التَّرَافُعِ عِنْدَ القَاضِي؟ وَظَاهِرُ التَّنْشِيبِ بِالمُشتري إِذَا وَجَدَ عَيْباً أَنَّهُ يَحْتَاجُ، [١٨٩٣/٢] نَعَمْ، عَلَى أَنَّهَا تَنْفَسِخُ لَا يَحْتَاجُ، فَتُدْبَرُ، "نهر" (٢).

قُلْتُ: المُشتري يَسْتَقِيلُ بِالفَسْخِ بِخِيَارِ العَيْبِ بِدُونِ التَّرَافُعِ عِنْدَ القَاضِي، وَإِنَّمَا التَّرَافُعُ شَرْطٌ لِرَدِّ البَائِعِ عَلَى بَائِعِهِ بِذَلِكَ العَيْبِ.

[٢٥٨٥٩] (قوله: وَقَيَّدَهُ فِي "البحر" (٣) إلخ) وقال (٣): ((لِما فِي "الذَّخِيرَةِ": رَجُلٌ أَحَالَ رَجُلًا لَهُ عَلَيْهِ دَيْنٌ عَلَى رَجُلٍ، ثُمَّ إِنَّ المُحتالَ عَلَيْهِ أَحَالَهُ عَلَى الَّذِي عَلَيْهِ الأَصْلُ بَرِيءَ المُحتالِ عَلَيْهِ الأَوَّلُ، فَإِنْ تَوَيَّ المَالُ عَلَى الَّذِي عَلَيْهِ الأَصْلُ لَا يَعُودُ إِلَى المُحتالِ عَلَيْهِ الأَوَّلِ)) اهـ.

(قوله: المُشتري يَسْتَقِيلُ بِالفَسْخِ بِخِيَارِ العَيْبِ إلخ) الَّذِي تَقَدَّمَ فِي خِيَارِ العَيْبِ عَنْ "الْحَانِئَةِ" يُخَالَفُ هَذَا، وَنَصُّهُ: ((رَجُلٌ اشْتَرَى شَيْئاً فَعَلِمَ بِعَيْبٍ قَبْلَ الْقَبْضِ فَقَالَ: أَبْطَلْتُ البَيْعَ بَطْلَ البَيْعِ إِنْ كَانَ مُحَضَّرٍ مِنَ البَائِعِ وَإِنْ لَمْ يَقْبَلِ البَائِعُ، وَإِنْ قَالَ ذَلِكَ فِي غَيْبَةِ البَائِعِ لَا يَبْطُلُ البَيْعُ، وَإِنْ عَلِمَ بَعْدَ الْقَبْضِ فَقَالَ: أَبْطَلْتُ البَيْعَ الصَّحِيحَ أَنَّهُ لَا يَبْطُلُ البَيْعُ إِلَّا بِقَضَاءٍ أَوْ رَضَا)) اهـ.

(١) "البحر": كتاب الحوالة ٦/٢٧٢.

(٢) "النهر": كتاب الحوالة ٥/٤٢٥.

(٣) "البحر": كتاب الحوالة ٦/٢٧٢.

(وهو) بأحدِ أمرينِ (أنْ يَحْدَ) المُحَالُ عليه (الحوالةَ ويَحْلِفَ ولا يَبْنِيَة له) أي: مُحْتَالٌ ومُحِيلٌ (أو يَمُوتَ) المُحَالُ عليه (مُفْلِسًا) بغيرِ عَيْنٍ وَدَيْنٍ.....

[٢٥٨٦٠] (قوله: وهو^(١) بأحدِ أمرينِ إلخ) الضميرُ راجعٌ لـ ((التوى))، وهذا في الحوالة المطلقة، أمّا المقيدةُ بوديعةٍ فيثبتُ له الرجوعُ بهلاكِها كما يأتي^(٢).

[٢٥٨٦١] (قوله: أي: مُحْتَالٌ ومُحِيلٌ) فقوله: ((له)) أي: لكلٍ منهما كما في "الفتح"^(٣).

[٢٥٨٦٢] (قوله: مُفْلِسًا) بالتخفيف، يُقالُ: أَفْلَسَ الرَّجُلُ إذا صار ذا فُلْسٍ بعد أن كان ذا دراهمٍ ودنانيرٍ، فاستعملَ مكانَ ((افْتَقَرَ)). اهـ "كفاية"^(٤) و"نهر"^(٥) عن "طَلِبَةُ الطَّلَبَةِ"^(٦) للعلامة "عمر النسفي".

[٢٥٨٦٣] (قوله: بغيرِ عَيْنٍ) الأوضحُ أن يقول: بأنْ لم يتركْ عَيْنًا إلخ، أي: عَيْنًا تفي بالمُحَالِ به، وكذا يُقالُ في الدَّيْنِ. ولا بدُّ في الكفيلِ أن يكونَ كفيلاً بجميعه، فلو كفَلَ البعضُ فقد تَوَيَّ الباقي كما لا يخفى، "ط"^(٧). وكذا لو تركَ ما يفي بالبعضِ فقد تَوَيَّ الباقي، وكذا لو ماتَ مديوناً وقُسِمَ مالهُ بالحِصَصِ كما قدَّمناه آنفاً^(٨).

[٢٥٨٦٤] (قوله: ودَيْنٍ) المرادُ به ما يمكنُ أن يثبتَ في الذمَّةِ بقرينةٍ مُقابِلَتِهِ بالعَيْنِ، فيشتمَلُ النقودُ^(٩)، والمكيلُ، والموزونُ، وفي "الهندية"^(١٠) عن "المحيط"^(١١): ((لو كان القاضي يعلمُ أنَّ للميتِ

(١) ((هو)) ساقط من "م".

(٢) المقالة [٢٥٨٩١] قوله: ((بخلاف الحوالة المطلقة)).

(٣) "الفتح": كتاب الحوالة ٣٥١/٦.

(٤) "الكفاية": كتاب الحوالة ٣٥٢/٦ بتصرف (ذيل "فتح القدير").

(٥) "النهر": كتاب الحوالة ق ٤٢٥/أ.

(٦) "طَلِبَةُ الطَّلَبَةِ": كتاب الكفاية والحوالة ص ٢٨٩..

(٧) "ط": كتاب الحوالة ١٦٩/٣.

(٨) المقالة [٢٥٨٥٥] قوله: ((ولا يرجعُ المُحتالُ على المُحيلِ إلخ)).

(٩) في "٣": ((المنقول)).

(١٠) "الفتاوى الهندية": كتاب الحوالة - الباب الأول - مطلب: أحكام الحوالة ٢٩٧/٣.

(١١) لم نثر على النقل في مظانه من مخطوطة "المحيط البرهاني" التي بين أيدينا.

وكفيل،

دِينًا عَلَى مُفْلِسٍ فَعَلَى قَوْلِ "الإمام" لَا يَقْضِي بِيُطْلَانِ الحَوَالَةِ)) اهـ. أي: لِأَنَّ الإفْلَاسَ لَا يَسُوِّى عَنْدَهُ؛ لِاحْتِمَالِ أَنْ يَحْدُثَ لَهُ مَالٌ، فَيَكُونُ الْمُحَالُ عَلَيْهِ قَدْ تَرَكَ مَالًا حُكْمًا، وَهُوَ مَا عَلَى مَدْيُونِهِ الْمُفْلِسِ.

[٢٥٨٦٥] (قوله: وكفيل) فوجود الكفيل يمنع مَوْتَهُ مُفْلِسًا عَلَى مَا فِي "الزيادات"، وَفِي "الخلاصة": ((لَا يَمْنَعُ))، "بحر" ^(١)، وَتَبَعَهُ فِي "المنح" ^(٢)، لَكِنِّي لَمْ أَرَ فِي "الخلاصة" مَا عَزَاهُ إِلَيْهَا ^(٣)، بَلِ اقْتَصَرَ فِيهَا ^(٤) عَلَى نَقْلِ عِبَارَةِ "الزيادات"، نَعَمْ، قَالَ فِيهَا ^(٥): ((وَلَوْ مَاتَ الْمُحْتَالُ عَلَيْهِ وَلَمْ يَتْرُكْ شَيْئًا وَقَدْ أُعْطِيَ كَفِيلًا بِالمَالِ، ثُمَّ أَبْرَأَ صَاحِبُ المَالِ الكَفِيلَ مِنْهُ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ عَلَى الْأَصِيلِ)) اهـ. وَهَذِهِ مَسْأَلَةٌ أُخْرَى، وَقَدْ جَزَمَ فِي "الفتح" ^(٦) وَغَيْرِهِ عَمَّا فِي "الزيادات" بِلَا حِكَايَةٍ خِلَافٍ.

(تنبيه)

فِي "البحر" ^(٧) عَنْ "البرازية" ^(٨): ((وَإِنْ لَمْ يَكُنْ بِهِ كَفِيلٌ وَلَكِنْ تَبَرَّعَ رَجُلٌ وَرَهْنًا بِهِ رَهْنًا، ثُمَّ مَاتَ الْمُحَالُ عَلَيْهِ مُفْلِسًا عَادَ الدَّيْنُ إِلَى ذِمَّةِ الْمُحِيلِ، وَلَوْ كَانَ مُسْلَطًا عَلَى الْبَيْعِ فَبَاعَهُ وَلَمْ يَقْبِضِ الثَّمَنَ حَتَّى مَاتَ الْمُحَالُ عَلَيْهِ مُفْلِسًا بَطَلَتِ الحَوَالَةُ، وَالثَّمَنُ لِصَاحِبِ الرُّهْنِ)) اهـ.

(قوله: عَادَ الدَّيْنُ إِلَى ذِمَّةِ الْمُحِيلِ) وَذَلِكَ أَنَّ عَقْدَ الرُّهْنِ لَمْ يَبْقَ بَعْدَ مَوْتِ الْمُحَالِ عَلَيْهِ مُفْلِسًا؛ إِذْ لَمْ يَبْقَ الدَّيْنُ عَلَيْهِ، وَالرُّهْنُ بَدَلِيٌّ وَلَا دَيْنٌ مُحَالٌ، بِخِلَافِ مَا إِذَا تَرَكَ كَفِيلًا بِأَمْرِهِ أَوْ بِغَيْرِهِ؛ لِأَنَّ الكَفِيلَ خَلَفَ عَنْهُ، "زَيْلَعِي".

(١) فِي "الأصل": ((وَهُوَ مَالًا عَلَى))، وَهُوَ تَحْرِيفٌ.

(٢) "البحر": كِتَابُ الحَوَالَةِ ٢٧٣/٦.

(٣) "المنح": كِتَابُ الحَوَالَةِ ٢/٥١ أ.

(٤) نَقُولُ: وَلَمْ نَقِفْ عَلَيْهِ نَحْنُ كَذَلِكَ فِي مَخْطُوطَةِ "الخلاصة" الَّتِي بَيْنَ أَيْدِينَا.

(٥) "الخلاصة": كِتَابُ الحَوَالَةِ ق ٢٥٥ ب.

(٦) "الفتح": كِتَابُ الحَوَالَةِ ٦/٣٥١ - ٣٥٢.

(٧) "البحر": كِتَابُ الحَوَالَةِ ٦/٢٧٣.

(٨) "البرازية": كِتَابُ الحَوَالَةِ ٦/٢٦ (هَامِشُ "الفتاوى الهندية").

وقالا: بهما، وبأن فلسه الحاكم. (ولو اختلفا فيه) أي: في موته مُفلساً،

وفي حُكْمِ التَّبَرُّعِ بِالرَّهْنِ مَا لَوْ اسْتَعَارَ الْمَطْلُوبُ شَيْئاً وَرَهَنَهُ عِنْدَ الطَّالِبِ ثُمَّ مَاتَ مُفْلِساً،
"شُرْئِيْلَالِيَّةٌ" (١) عَنْ "الْحَاشِيَّةِ" (٢).

[٢٥٨٦٦] (قوله: وقالوا: بهما) أي: بالجلد والموت مُفلساً.

٢٩٢/٤

[٢٥٨٦٧] (قوله: وبأن فلسه الحاكم) أي: في حياته، يُقال: فلسه القاضي إذا قضى بإفلاسه حين
ظَهَرَ لَهُ حاله، "كفاية" (٣) عن "الطَّلِبَةِ" (٤). وهذا بناءً على (٥) أَنَّ تَقْلِيْسَ الْقَاضِي يَصِحُّ عِنْدَهُمَا، وَعِنْدَهُ
لَا يَصِحُّ؛ لِأَنَّهُ يُتَوَهَّمُ ارْتِفَاعُهُ بِجُدُوثِ مَالٍ لَهُ، فَلَا يَعُودُ بِتَقْلِيْسِ الْقَاضِي عَلَى الْمُحِيلِ، "فتح" (٦).
وتعذر الاستيفاء لَا يُوجِبُ الرَّجُوعَ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ تَعَذَّرَ بَغِيَّةُ الْمُحْتَالِ عَلَيْهِ لَا يَرْجِعُ عَلَى الْمُحِيلِ
بِخِلَافِ مَوْتِهِ مُفْلِساً؛ لِخَرَابِ الدُّمَةِ، فَيُثْبِتُ التَّوَى، وَتَمَامُهُ فِي "الكفاية" (٧). وظاهر كلامهم مُتَوْنًا
وَشُرُوحًا تَصْحِيحُ قَوْلِ "الإمام"، وَنَقَلَ تَصْحِيحَهُ الْعَلَامَةُ "قاسم" (٨)، وَلَمْ أَرِ مَنْ صَحَّحَ قَوْلَهُمَا.
نَعَمْ، صَحَّحُوهُ فِي صَحَّةِ الْحَجْرِ عَلَى السَّفِيهِ صِيَانَةً لِمَالِهِ كَمَا سَيَأْتِي فِي بَابِهِ (٩).

[٢٥٨٦٨] (قوله: ولو اختلفا فيه) بأن قال المحتال: مات المحتال عليه بلا تركة، وقال
المحيل: عن تركة، "بِرَازِيَّةٍ" (١٠).

(١) "الشُرْئِيْلَالِيَّةُ": كتاب الحوالة ٣٠٨/٢ (هامش "الدرر والغرر").

(٢) "الحاشية": كتاب الكفالة والحوالة - مسائل الحوالة ٧٣/٣ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) "الكفاية": كتاب الحوالة ٣٥٢/٦ (ذيل "فتح القدير").

(٤) "طَلِبَةُ الْمَطْلَبَةِ": كتاب الكفالة والحوالة ص ٢٨٩-.

(٥) فِي "ب" وَ"م": ((عَنْ)).

(٦) "الفتح": كتاب الحوالة ٣٥٢/٦.

(٧) انظر "الكفاية": كتاب الحوالة ٣٥٢/٦ (ذيل "فتح القدير").

(٨) "التصحيح والترجيح": كتاب أدب القضاء ص ٤٣٠-.

(٩) انظر "الدرر" عند الموقلة: [٣٠٨٣٥] قوله: ((وعندهما يحجر على الحر)).

(١٠) "البرازية": كتاب الحوالة ٢٦/٦ (هامش "الفتاوى الهندية").

وكذا في موته قبل الأداء أو بعده (فالقول للمُحتال مع يمينه على العلم)؛ لتمسُّكه بالأصل، وهو العُسرة، "زيلي" ^(١). وقيل: القول للمُحيل بيمينه، "فتح". (طالب المُحتال عليه المُحيل بما: أي: بمثل ما (أحال) به ^(٢) مدَّعيًا قضاءَ دينه بأمره، (فقال المُحيل): إنما (أحلتُ بدَّين) ثابت (لي عليك) لم يُقبل قوله،.....

[٢٥٨٦٩٦] (قوله): وكذا في موته قبل الأداء أو بعده (الأولى: وبعده بالواو كما في بعض النسخ ^(٣))؛ لأنَّ الاختلافَ فيهما لا في أحدهما.

[٢٥٨٧٠] (قوله): على العلم، أي: نفى العلم، بأنَّ يحلفَ أنه لا يعلمُ يساره، "ط" ^(٤). وهذا في مسألة "المتن"، أمَّا في الاختلافِ في الموتِ قبل الأداء أو بعده فإنه يحلفُ على البتات؛ لكونه على فعلٍ نفسه، وهو القبضُ، أفادته "ح" ^(٥).

[٢٥٨٧١] (قوله): وهو العُسرة) أي: في المسألة الأولى، وعدمُ الأداء في الثانية.

[٢٥٨٧٢] (قوله): وقيل: القول للمُحيل بيمينه) لإنكاره عودَ الدين، "فتح" ^(٦).

[٢٥٨٧٣] (قوله): طالبُ المُحتال عليه المُحيل (الخ) أي: بعدما دَفَعَ المُحالُ به إلى المُحتال ولو حُكماً بأنَّ وهبه المُحتال من المُحال عليه؛ لأنَّه قبلَ الدَفْعِ إليه لا يطالبُه إلا إذا طُوبى، ولا يلزمُه إلا إذا لُوْزِمَ، وتأمَّه في "البحر" ^(٧).

[٢٥٨٧٤] (قوله): بأمره) قيَّد به لأنَّه لو قضاءَ بغيرِ أمرٍ يكونُ مُتبرعاً ولو لم يدَّعِ المُحيلُ

ما ذكر، "ط" ^(٨).

(١) "تبيين الحقائق": كتاب الحوالة ١٧٣/٤.

(٢) قوله: ((به)) داخلة في المتن في "و".

(٣) كما في نسخة "و".

(٤) "ط": كتاب الحوالة ١٧٠/٣.

(٥) "ح": كتاب الحوالة ق ٣٠٦/ب.

(٦) "الفتح": كتاب الحوالة ٣٥٢/٦.

(٧) انظر "البحر": كتاب الحوالة ٢٧٣/٦.

(٨) "ط": كتاب الحوالة ١٧٠/٣.

بل (ضَمِنَ) المُحِيلُ (مِثْلَ الدَّيْنِ) لِلْمُحْتَالِ عَلَيْهِ؛ لِإِنْكَارِهِ، وَقَبُولُ الْحَوَالَةِ لَيْسَ إِقْرَارًا بِالَّذِي؛ لِصَحَّتِهَا بِدُونِهِ، (وَإِنْ قَالَ الْمُحِيلُ لِلْمُحْتَالِ: أَحْلَلْتُكَ) عَلَى فُلَانٍ، بِمَعْنَى: وَكَلَّتْكَ (لِتَقْبِضَهُ لِي، فَقَالَ الْمُحْتَالُ:): بَلْ (أَحْلَلْتَنِي بِدَيْنٍ لِي عَلَيْكَ فَالْقَوْلُ لِلْمُحِيلِ).....

[٢٥٨٧٥] (قَوْلُهُ: مِثْلَ الدَّيْنِ) إِنَّمَا لَمْ يَقُلْ: بِمَا أَذَاهُ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ الْمُحَالُ بِهِ دِرَاهِمَ فَأَدَّى دَنَانِيرَ أَوْ عَكْسَهُ صَرَفًا رَجَعَ بِالْمُحَالِ بِهِ، وَكَذَا إِذَا (١) أَعْطَاهُ عَرْضًا، وَإِنْ أَعْطَاهُ زُبُوفًا بَدَلَ الْجِيَادِ رَجَعَ بِالْجِيَادِ، وَكَذَا لَوْ صَالَحَهُ بِشَيْءٍ رَجَعَ بِالْمُحَالِ بِهِ، إِلَّا إِذَا صَالَحَهُ عَنْ جَنْسِ الدَّيْنِ بِأَقْلٍ، فَإِنَّهُ يَرْجِعُ بِقَدْرِ الْمَوْدَى، بِخِلَافِ الْمَأْمُورِ بِقَضَاءِ الدَّيْنِ، فَإِنَّهُ يَرْجِعُ بِمَا أَدَّى، إِلَّا إِذَا (٢) أَدَّى أَجُودَ أَوْ جَنْسًا آخَرَ، "بِحَرْ" (٣).

[٢٥٨٧٦] (قَوْلُهُ: لِإِنْكَارِهِ) قَالَ فِي "الْبَحْرِ" (٤): ((لَأَنَّ سَبَبَ الرُّجُوعِ قَدْ تَحَقَّقَ، وَهُوَ قَضَاءُ دَيْنِهِ بِأَمْرِهِ، إِلَّا أَنَّ الْمُحِيلَ يَدَّعِي عَلَيْهِ دَيْنًا وَهُوَ يُنْكِرُ، وَالْقَوْلُ لِلْمُنْكَرِ)) اهـ.

[٢٥٨٧٧] (قَوْلُهُ: فَقَالَ الْمُحْتَالُ) فِيهِ لِيَمَاءٌ إِلَى أَنَّهُ حَاضِرٌ، فَلَوْ كَانَ غَائِبًا وَأَرَادَ الْمُحِيلُ قَبْضَ مَا عَلَى الْمُحَالِ عَلَيْهِ قَائِلًا: إِنَّمَا وَكَلْتُهُ بِقَبْضِهِ قَالَ "أَبُو يَوْسُفَ": لَا أَصْدُقُهُ وَلَا أَقْبِلُ بَيِّنَتَهُ، وَقَالَ "مُحَمَّدٌ": يَقْبَلُ قَوْلُهُ كَمَا فِي "الْخَانِيَّةِ" (٥). وَلَوْ أَدَّعَى الْمُحَالُ أَنَّ الْمُحَالُ بِهِ ثَمَنٌ مَتَاعٍ كَانَ الْمُحِيلُ وَكَيْلًا فِي بَيْعِهِ وَأَنْكَرَ الْمُحِيلُ ذَلِكَ فَالْقَوْلُ لَهُ أَيْضًا، "نَهْر" (٦).

[٢٥٨٧٨] (قَوْلُهُ: فَالْقَوْلُ لِلْمُحِيلِ) فَيُؤَمِّرُ الْمُحْتَالَ بَرْدًا مَا أَخَذَهُ إِلَى الْمُحِيلِ؛ لِأَنَّ الْمُحِيلَ يُنْكِرُ أَنَّ عَلَيْهِ شَيْئًا، وَالْقَوْلُ لِلْمُنْكَرِ، وَلَا تَكُونُ الْحَوَالَةُ إِقْرَارًا مِنَ الْمُحِيلِ بِالَّذِي لِلْمُحْتَالِ عَنِ الْمُحِيلِ؛ لِأَنَّهَا مُسْتَعْمَلَةٌ لِلْوَكَالَةِ أَيْضًا، "ابْنُ كَمَالٍ".

(قَوْلُهُ: وَأَنْكَرَ الْمُحِيلُ ذَلِكَ فَالْقَوْلُ لَهُ أَيْضًا) لِأَنَّ الْمُحْتَالَ أَقْرَأَ لِبَالِيدٍ وَالتَّصَرُّفُ لَهُ فِي ذَلِكَ الْمَالِ، وَالْإِنْسَانُ يَتَصَرَّفُ ظَاهِرًا لِنَفْسِهِ، فَلَا تَسْمَعُ دَعْوَاهُ أَنَّ ذَلِكَ لَهُ بِلَا بَيِّنَةٍ، "زَيْلَعِي".

(١) فِي "الْأَصْلِ": ((لَوْ)).

(٢) ((إِذَا)) سَاقِطَةٌ مِنْ "الْأَصْلِ".

(٣) "الْبَحْرُ": كِتَابُ الْحَوَالَةِ ٢٧٣/٦.

(٤) "الْخَانِيَّةُ": كِتَابُ الْكَفَالَةِ وَالْحَوَالَةِ - مَسَائِلُ الْحَوَالَةِ ٧٥/٣ (هَامِشُ "الْفَتَاوَى الْهِنْدِيَّة").

(٥) "النَّهْرُ": كِتَابُ الْحَوَالَةِ ق ٢٥٥/أ - ب.

لأنَّه مُنْكَرٌ وَلَفْظُ الْحَوَالَةِ يُسْتَعْمَلُ فِي الْوَكَالَةِ. (أَحَالَهُ بِمَا لَهُ عِنْدَ زَيْدٍ) حَالٌ كَوْنِهِ (وَدِيعَةً) بَأَنْ أَوْدَعَ رَجُلًا أَلْفًا، ثُمَّ أَحَالَ بِهَا غَرِيمَهُ (صَحَّتْ).....

[٢٥٨٧٩] (قَوْلُهُ: يُسْتَعْمَلُ فِي الْوَكَالَةِ) أَي: بِحَازٍ، وَمِنْهُ قَوْلُ "مَحْمَدٍ": إِذَا امْتَنَعَ الْمُضَارِبُ عَنْ تَقَاضِي الدَّيْنِ لَعَدَمِ الرَّبْحِ يُقَالُ لَهُ: أَجَلَ رَبِّ الدَّيْنِ، أَي: وَكَلَهُ، "نَهْر"^(١). وَلَكِنْ لَمَّا كَانَ فِيهِ نَوْعٌ مُخَالَفَةٌ لِلظَّاهِرِ صُدِّقَ مَعَ عَيْنِهِ كَمَا فِي "الْمَنْح"^(٢)، وَأَفَادَ فِي "الْبَحْر"^(٣) عَنْ "السَّرَاجِ": ((أَنَّ الْمُحِيلَ لَا يَمْلِكُ إِبْطَالَ هَذِهِ الْحَوَالَةِ؛ لِأَنَّهَا صَحَّتْ مُحْتَمَلَةً أَنْ تَكُونَ بِمَالٍ هُوَ دَيْنٌ عَلَيْهِ، وَأَنْ تَكُونَ تَوَكِيلًا فَلَا يَحُوزُ إِبْطَالُهَا بِالْإِحْتِمَالِ)) اهـ.

[٢٥٨٨٠] (قَوْلُهُ: بِمَا لَهُ) الْأَطْهَرُ أَنَّ ((مَا)) مَوْصُولَةٌ أَوْ مَوْصُوفَةٌ، وَ((الْلَامُ)) جَارَةٌ، وَيَحْتَمِلُ أَنَّهَا كَلِمَةٌ وَاحِدَةٌ بِجَرُورَةٍ بِكَسْرَةٍ^(٤) اللَّامِ.

[٢٥٨٨١] (قَوْلُهُ: وَدِيعَةً) الْمُرَادُ بِهَا الْأَمَانَةُ كَمَا عَبَّرَ بِهِ فِي "الْفَتْح"^(٥) وَغَيْرِهِ، قَالَ "ط"^(٦): ((فَيَعُمُّ الْعَارِيَّةَ وَالْمَوْحُوبَ إِذَا تَرَاضِيَ عَلَى رَدِّهِ أَوْ قَضَى الْقَاضِي بِهِ، وَالْعَيْنُ الْمُسْتَأْجَرَةُ إِذَا انْقَضَتْ مُدَّتُهُ الْإِجَارَةَ)). [٢٥٨٨٢] (قَوْلُهُ: صَحَّتْ) لِأَنَّهُ أَقْدَرُ عَلَى الْقَضَاءِ؛ لِتَيَسُّرِ مَا يَقْضِي بِهِ وَحُضُورِهِ، بِخِلَافِ الدَّيْنِ، "فَتْح"^(٧).

(قَوْلُهُ: أَي: بِحَازٍ) أَي: مُتَعَارَفًا، فَيُمْكِنُ أَنْ يُخْرِجَهُ عَنِ الْحَقِيقَةِ، وَلَوْ لَمْ يُخْرِجَهُ كَانَ مُحْتَمَلًا فَلَا يَدُلُّ عَلَى الْإِقْرَارِ، فَانْدَفَعَ مَا قِيلَ: إِنَّهُ لَا يُعَارِضُ الْحَقِيقَةَ، فَاحْتِمَالُهُ لَا يُخْرِجُهُ عَنْ إِرَادَةِ الْحَقِيقَةِ. اهـ "مَنْعٌ". (قَوْلُ "الْمُصَنِّفِ": "أَحَالَهُ بِمَا لَهُ عِنْدَ زَيْدٍ وَدِيعَةً" (لِخ) هَذِهِ مِنْ مَسَاطِلِ "الْجَامِعِ الصَّغِيرِ"، صَوَّرَهَا: رَجُلٌ أَوْدَعَ رَجُلًا أَلْفَ دِرْهَمٍ وَلِرَجُلٍ عَلَى الْمَوْدِعِ أَلْفَ دِرْهَمٍ، فَأَحَالَ الْمَوْدِعُ الَّذِي لَهُ الْأَلْفُ عَلَى الْمُسْتَوْدِعِ بِالْأَلْفِ الَّذِي عِنْدَهُ. اهـ "بَنَاءٌ".

(١) "النهر": كتاب الحوالة ق ٤٢٥/أ.

(٢) "المنح": كتاب الحوالة ٢/ق ٥١/ب.

(٣) "البحر": كتاب الحوالة ٦/٢٧٣ - ٢٧٤

(٤) في "٣": ((بِكَسْرٍ)).

(٥) "الفتح": كتاب الحوالة ٦/٣٥٤.

(٦) "ط": كتاب الحوالة ٣/١٧٠.

(٧) "الفتح": كتاب الحوالة ٦/٣٥٣.

فإن هَلَكْتَ) الوديعَة (برئ) المودع وعادَ الدَّيْنُ على المُحِلِّ؛ لأنَّ الحوالة مُقَيَّدَةٌ بها بخلافِ المُقَيَّدَةِ بالمغصوبِ، فإنه لا يبرأ؛ لأنَّ مِثْلَهُ يَخْلُفُهُ،

[٢٥٨٨٣] (قوله: فإن هَلَكْتَ الوديعَة) قَيَّدَ بهلاكِ الوديعَة لأنَّ الحوالة لو كانت مُقَيَّدَةً بدينٍ ثمَّ ارتفعَ ذلك الدَّيْنُ لم تبطلْ على تفصيلٍ فيه، "بحر"^(١)، ويأتي^(٢) بعضُهُ.
[٢٥٨٨٤] (قوله: برئ المودع) ويثبتُ الهلاكُ بقوله، "نهر"^(٣). واستحقاقُ الوديعَة مُبطلٌ للحوالة كهلاكِها كما في "الحائِثَة"^(٤).

ولو لم يُعطِ المُحالُ عليه الوديعَة، وإنَّما قَضَى مِنْ مالِهِ كان مُتَطَوِّعاً قِياساً لا استحساناً، كذا في "المحيط"، وفي "التاترخانية"^(٥): ((لو وهبَ المُحتالُ الوديعَة مِنْ المُحالِ عليه صحَّ التَّمْلِيكُ؛ لأنَّه لَمَّا كان له حَقٌّ أَنْ يَتَمَلَّكَهَا كان له حَقٌّ أَنْ يُمَلَّكَهَا))، "بحر"^(٦).

[٢٥٨٨٥] (قوله: وعادَ الدَّيْنُ على المُحِلِّ) لأنَّه تَوَيَّ حَقَّهُ، وأمَّا ما سَبَقَ^(٧) مِنْ أَنَّ التَّوَيَّ بوجهين [٣/١٩٠ق/ب] عنده وثلاثة أوجهٍ عندهما ففي الحوالة المطلقة، فلا يَرُدُّ شيءٌ بهذا الوجهِ الرَّابِعِ، "يعقوبيَّة".

[٢٥٨٨٦] (قوله: لأنَّ مِثْلَهُ يَخْلُفُهُ) أرادَ بالمثلِ البَدَلَ ليشمَلَ القِيَمِيَّ، قال في "الفتح"^(٨): ((فإذا هَلَكَ المغصوبُ المُحالُ به لا تبطلُ الحوالة ولا يبرأ المُحالُ عليه؛ لأنَّ الواجبَ على الغاصبِ رَدُّ العينِ، فإنَّ عَجَزَ رَدِّ المثلِ أو القيمة، فإذا هَلَكَ في يدِ الغاصبِ^(٩) المُحالُ عليه لا يبرأ؛ لأنَّ له خَلْفاً،

(١) "البحر": كتاب الحوالة ٢٧٥/٦.

(٢) المَقُولَةُ [٢٥٨٩١] قوله: ((بخلافِ الحوالةِ المطلقة)).

(٣) "النهر": كتاب الحوالة ٤٢٥ق/ب.

(٤) "الحائِثَة": كتاب الكفالة والحوالة - مسائل الحوالة ٧٤/٣ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٥) "التاترخانية": كتاب الحوالة - الفصل الثاني في بيان أنواع الحوالة ٢٤٣ق/٤/٢. بتصرف.

(٦) "البحر": كتاب الحوالة ٢٧٤/٦ - ٢٧٥ باختصار.

(٧) ص ٢٢٦ - وما بعدها "در".

(٨) "الفتح": كتاب الحوالة ٣٥٣/٦ - ٣٥٤.

(٩) في "ب": ((لغاصب)).

وَتَصِيحُ أَيْضاً بِدَيْنٍ خَاصٍّ. فَصَارَتْ الْحَوَالَةُ الْمُقَيَّدَةُ ثَلَاثَةً أَقْسَامٍ، وَحُكْمُهَا: أَنَّ لَا يَمْلِكُ الْمُحِيلُ مُطَالَبَةَ الْمُحْتَالِ عَلَيْهِ، وَلَا الْمُحْتَالُ عَلَيْهِ دَفْعَهَا لِلْمُحِيلِ،.....

والفوات إلى خَلْفٍ كَلا فَوَاتٍ، فَبَقِيََتْ مُتَعَلِّقَةً بِخَلْفِهِ فَيَرُدُّ خَلْفَهُ عَلَى الْمُحْتَالِ)) اهـ. فلو اسْتَحَقَّ الْمَغْضُوبُ بَطْلًا؛ لَعَدِمَ مَا يَخْلُفُهُ كَمَا فِي "الدُّرَرِ"^(١).

[٢٥٨٨٧] (قَوْلُهُ: وَتَصِيحُ أَيْضاً بِدَيْنٍ خَاصٍّ) بِأَنْ يُحِيلَهُ بِدَيْنِهِ الَّذِي لَهُ عَلَى فُلَانٍ الْمُحَالِ عَلَيْهِ، "فَتَحِ"^(٢).

وَفِي "الْخِلَاصَةِ"^(٣) عَنْ "التَّجْرِيدِ"^(٤): ((لَوْ كَانَ لِلْمُحِيلِ عَلَى الْمُحْتَالِ عَلَيْهِ دَيْنٌ فَأَحَالَ بِهِ مُطْلَقًا وَلَمْ يَشْتَرِطْ فِي الْحَوَالَةِ أَنْ يُعْطِيَهُ مِمَّا عَلَيْهِ فَالْحَوَالَةُ جَائِزَةٌ، وَدَيْنُ الْمُحِيلِ بِحَالِهِ، وَلَهُ أَنْ يُطَالِبَ بِهِ)) اهـ. وَمِثْلُهُ فِي "الْبِرَازِيَّةِ"^(٥)، وَمُقْتَضَاهُ أَنَّهَا لَا تَكُونُ مُقَيَّدَةً مَا لَمْ يُنْصَ عَلَى الدَّيْنِ. [٢٥٨٨٨] (قَوْلُهُ: ثَلَاثَةٌ أَقْسَامٍ) أَي: مُقَيَّدَةٌ بِعَيْنِ أَمَانَةٍ، أَوْ مَغْضُوبَةٍ، أَوْ بِدَيْنٍ خَاصٍّ.

[٢٥٨٨٩] (قَوْلُهُ: وَحُكْمُهَا: [إِلَخ]) أَي: حُكْمُ الْمُقَيَّدَةِ فِي هَذِهِ الْأَقْسَامِ الثَّلَاثَةِ أَنَّ لَا يَمْلِكُ الْمُحِيلُ مُطَالَبَةَ الْمُحَالِ عَلَيْهِ بِذَلِكَ الْعَيْنِ وَلَا بِذَلِكَ الدَّيْنِ؛ لِأَنَّ الْحَوَالَةَ لَمَّا قَيَّدَتْ بِهَا تَعَلَّقَ حَقُّ الطَّلَابِ بِهِ، وَهُوَ اسْتِيفَاءُ دَيْنِهِ مِنْهُ عَلَى مِثَالِ الرَّهْنِ، وَأَخَذَ الْمُحِيلُ يُطِيلُ هَذَا الْحَقَّ فَلَا يَجُوزُ، فَلَوْ دَفَعَ الْمُحَالُ عَلَيْهِ الْعَيْنَ أَوْ الدَّيْنَ إِلَى الْمُحِيلِ ضَمِنَهُ لِلطَّلَابِ؛ لِأَنَّهُ اسْتَهْلَكَ مَا تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الْمُحْتَالِ كَمَا إِذَا اسْتَهْلَكَ الرَّهْنُ أَحَدَ يَضْمَنُهُ لِلْمُرْتَهِنِ؛ لِأَنَّهُ يَسْتَحِقُّهُ، "فَتَحِ"^(٦).

(١) "الدُّرَرُ وَالْفَرَرُ": كِتَابُ الْحَوَالَةِ ٣٠٩/٢.

(٢) "الْفَتْحُ": كِتَابُ الْحَوَالَةِ ٣٥٤/٦.

(٣) "الْخِلَاصَةُ": كِتَابُ الْحَوَالَةِ ٢٥٥ ق ١/٢.

(٤) ذَكَرَ فِي "كَشَفِ الظُّنُونِ" ٣٤٦/١ عَدَّ كَلَامَهُ عَلَى "تَجْرِيدِ الْقُدُورِيِّ" أَنَّ لِلْحَنِفِيَّةِ تَجْرِيدًا آخَرَ لِمُحَمَّدِ بْنِ شِجَاعِ التَّلْجِيِّ (ت ٢٦٦هـ)، ذَكَرَهُ صَاحِبُ "الْخِلَاصَةِ" فِي أَوَّلِ كِتَابِ الرِّكَائَةِ. انْظُرْ "الْخِلَاصَةُ" ق ٦٠/ب. عَلَى أَنَّنَا لَمْ نَجِدْ أَحَدًا مِمَّنْ تَرَجَمَ لِلتَّلْجِيِّ ذَكَرَ أَنَّ لَهُ "التَّجْرِيدَ"، وَعَلَى أَنَّنَا لَمْ نَعْرِ عَلَى الْمَسْأَلَةِ فِي مِثْلِهَا مِنْ "تَجْرِيدِ الْقُدُورِيِّ".

(٥) "الْبِرَازِيَّةُ": كِتَابُ الْحَوَالَةِ ٢٥/٦ (هَاشِمُ "الْفَتَاوَى الْهِنْدِيَّةُ").

(٦) "الْفَتْحُ": كِتَابُ الْحَوَالَةِ ٣٥٤/٦.

مع أنَّ الْمُحْتَالَ أَسْوَةُ لُغْرَمَاءِ الْمُحِيلِ بَعْدَ مَوْتِهِ،

(٢٥٨٩٠) (قوله: مع أنَّ الْمُحْتَالَ إلخ) يعني أنَّ هذه الأموال إذا تعلقَ بها حَقُّ الْمُحْتَالِ كان ينبغي أن لا يكونَ الْمُحْتَالُ أَسْوَةَ لُغْرَمَاءِ الْمُحِيلِ بَعْدَ مَوْتِهِ كما في الرَّهْنِ، مع أنه أسوَةٌ لَهُمْ؛ لأنَّ العَيْنَ التي بيدِ الْمُحْتَالِ عليه للمُحِيلِ، والدَّيْنُ الذي له عليه لم يَصِرْ مملوكاً للمُحَالِ بِعَقْدِ الحِوَالَةِ لا يداً - وهو ظاهرٌ - ولا رَقَبَةً؛ ولأنَّ الحِوَالَةَ ما وُضِعَتْ للتَمْلِيكِ، بل للنَّقْلِ، فيكونُ بَيْنَ لُغْرَمَاءِ وَأَمَّا الْمُرْتَهِنُ فَمِلْكُ المَرْهُونِ يداً وجسماً^(١)، فيثبتُ له نوعٌ اختصاصٍ بالمَرْهُونِ شرعاً لم يثبتْ لغيرِهِ، فلا يكونُ لغيرِهِ أن يشارِكَهُ فيه. اهـ "ذُرر"^(٢). قال في "البحر"^(٣): ((وإذا قُسِمَ الدَّيْنُ بَيْنَ لُغْرَمَاءِ الْمُحِيلِ لا يرجعُ الْمُحْتَالُ على المُحَالِ عليه بحِصَّةِ لُغْرَمَاءِ؛ لاستحقاقِ الدَّيْنِ الذي كان عليه)). ولو ماتَ الْمُحِيلُ وله ورثةٌ لا لُغْرَمَاءَ استظهرَ في "البحر"^(٤) - وأقره من بعده -: ((أنَّ الدَّيْنَ المُحَالَّ به قبلَ قبْضِ الْمُحْتَالِ يُقَسَّمُ بَيْنَ الورثةِ، بمعنى أنَّ لَهُمُ المطالبةُ به دونَ الْمُحْتَالِ، فيُضْمُّ إلى تَرَكَتِهِ)) اهـ. وحينئذٍ فيتبعُ الْمُحْتَالُ التَّرِكَةَ، "ط"^(٥).

(تنبيه)

ما ذَكَرَ مِنَ الْقِسْمَةِ وَكَوْنِ الْمُحْتَالِ أَسْوَةَ لُغْرَمَاءِ فِي الحِوَالَةِ الْمُقَيَّدَةِ يُعْلَمُ مِنْهُ بِالْأَوَّلَى أَنَّ الحِوَالَةَ

(قوله: يُعْلَمُ مِنْهُ بِالْأَوَّلَى أَنَّ الحِوَالَةَ الْمُطْلَقَةَ كذلك إلخ) فيما قاله تأمَّلْ، وذلك أنَّ الحِوَالَةَ الْمُطْلَقَةَ أَوْجَبَتْ بَرَاءَةَ ذِمَّةِ الْمُحِيلِ مِنَ الدَّيْنِ وترتَّبَتْ فِي ذِمَّةِ المُحَالِ عِنْدَهُ، ولا يعودُ شيءٌ مِنْهُ على المُحِيلِ إِلَّا بِالنَّوْءِ، حتَّى لو ماتَ لا يأخذُ الْمُحْتَالُ الدَّيْنَ مِنْ تَرَكَتِهِ وإن كان له أخذٌ كفَيْلٍ كما قدَّمَهُ عن "شرح المجمع"، وعِبارَةُ "الْبِرَازِيَّةُ": ((ماتَ المُحِيلُ بَعْدَ الحِوَالَةِ قَبْلَ اسْتِفْئَاءِ الْمُحْتَالِ المَالِ مِنَ الْمُحْتَالِ عَلَيْهِ وَعَلَى المُحِيلِ دِيُونٌ كَثِيرَةٌ، فَالْمُحْتَالُ مَعَ سَائِرِ لُغْرَمَاءِ سَوَاءٍ، وَلَا يَتَرَجَّحُ الْمُحْتَالُ بِالحِوَالَةِ، وَلَوْ قَيَّدَهُ بِدَيْنِهِ الذي على الْمُحْتَالِ عَلَيْهِ لو ماتَ قَبْلَ الاسْتِفْئَاءِ يَتَسَاوَى الْمُحْتَالُ مَعَ سَائِرِ لُغْرَمَاءِ)) اهـ. وهكذا عِبارَةُ "الخلاصة" عن "الزِّيَادَاتِ"، وَالظَّاهِرُ حَمَلُ مَا ذَكَرَ فِيهِمَا أَوَّلًا عَلَى الحِوَالَةِ الْمُقَيَّدَةِ بِالْعَيْنِ لَا الْمُطْلَقَةِ، وَإِلَّا تَنَافَى كَلَامُهُمْ.

(١) عِبارَةُ "الدرر": ((جنساً))، وهو خطأ.

(٢) "الدرر والغرر": كتاب الحِوَالَةِ ٣/٣٠٩.

(٣) ((البحر)) ساقطة من "الأصل"، وانظر "البحر": كتاب الحِوَالَةِ ٦/٢٧٤.

(٤) "البحر": كتاب الحِوَالَةِ ٦/٢٧٤.

(٥) "ط": كتاب الحِوَالَةِ ٣/١٧١.

بِخِلَافِ الحَوَالَةِ الْمُطْلَقَةِ كَمَا بَسَطَهُ "خُسْرُو"^(١) وَغَيْرُهُ.....

المُطْلَقَةَ كَذَلِكَ كَمَا^(٢) صَرَّحَ بِهِ فِي "الْخُلَاصَةِ"^(٣) وَ"الْبَزَازِيَّةِ"^(٤)، وَصَرَّحَ فِي "الْحَاوِي"^(٥) بِطُلَانِ الحَوَالَةِ بِمَوْتِ الْمُحَالِ عَلَيْهِ. وَقَدْ مَنَّا^(٦) عَنْ "الْكَافِي": ((أَنَّ مَا بَقِيَ لِلْمُحْتَالِ بَعْدَ الْقِسْمَةِ يَرْجِعُ بِهِ عَلَى الْمُحِيلِ، وَأَنَّهُ لَوْ مَاتَ الْمُحِيلُ مَدْيُونًا: فَمَا قَبْضَةُ الْمُحْتَالِ فَهُوَ لَهُ، وَمَا بَقِيَ يُقْسَمُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْغُرَمَاءِ)). [٢٥٨٩١] (قَوْلُهُ: بِخِلَافِ الحَوَالَةِ الْمُطْلَقَةِ) أَي: فَيَمْلِكُ الْمُحِيلُ الْمُطَالِبَةَ، قَالَ فِي "الْفَتْحِ"^(٧):

((هَذَا مُتَّصِلٌ بِقَوْلِهِ: لَا يَمْلِكُ الْمُحِيلُ مُطَالِبَةَ الْمُحْتَالِ عَلَيْهِ بِالْعَيْنِ الْمُحَالِ بِهِ وَالذَّيْنِ، وَالْمُطْلَقَةُ هِيَ أَنْ يَقُولَ الْمُحِيلُ لِلطَّالِبِ: أَحْتَلْتُكَ بِالْأَلْفِ الَّتِي لَكَ عَلَيَّ عَلَى هَذَا الرَّجُلِ، وَلَمْ يَقُلْ: لِيُؤَدِّبَهَا مِنَ الْمَالِ الَّذِي عَلَيْهِ^(٨)، فَلَوْ لَهُ عِنْدَهُ وَدِيعَةٌ أَوْ مَغْصُوبَةٌ أَوْ ذَيْنَ كَانَ لَهُ أَنْ يُطَالِبَهُ بِهِ؛ لِأَنَّهُ لَا تَعْلُقُ لِلْمُحْتَالِ بِذَلِكَ الذَّيْنِ أَوْ الْعَيْنِ، لَوْ قَوَّعَهَا مُطْلَقَةً عَنْهُ، بَلْ بِذِمَّةِ الْمُحْتَالِ عَلَيْهِ، وَفِي الذِّمَّةِ سَعَةٌ، فَبِأَخْذِ^(٩) ذَيْنِهِ أَوْ عَيْنِهِ مِنَ الْمُحْتَالِ عَلَيْهِ لَا تَبْطُلُ الحَوَالَةُ. وَمِنَ الْمُطْلَقَةِ: أَنْ يُحِيلَ عَلَى رَجُلٍ لَيْسَ لَهُ عِنْدَهُ وَلَا عَلَيْهِ شَيْءٌ^(١٠)))، وَقَالَ فِي "الْجَوْهَرَةِ"^(١١): ((وَالْفَرْقُ [١٩١٣/٣] بَيْنَ الْمُطْلَقَةِ وَالْمُقَيَّدَةِ أَنَّهُ فِي الْمُقَيَّدَةِ انْقَطَعَتْ مُطَالِبَةُ الْمُحِيلِ مِنَ الْمُحَالِ عَلَيْهِ، فَإِنْ بَطَلَ الذَّيْنُ فِي الْمُقَيَّدَةِ وَتَبَيَّنَ بَرَاءَةُ الْمُحَالِ عَلَيْهِ مِنَ الذَّيْنِ الَّذِي قُيِّدَتْ بِهِ الحَوَالَةُ بِطَلَّتْ، مِثْلُ أَنْ يُحِيلَ الْبَائِعُ رَجُلًا عَلَى الْمُشْتَرِي بِالثَّمَنِ، ثُمَّ اسْتَحَقَّ الْمُبِيعُ أَوْ ظَهَرَ حَرًّا فَتَبْطُلَ، وَلِلْمُحَالِ الرَّجُوعُ عَلَى الْمُحِيلِ بِذَيْنِهِ، وَكَذَا لَوْ قُيِّدَ بِوَدِيعَةٍ فَهَلَكَتْ عِنْدَ الْمُوَدَّعِ.

(قَوْلُهُ: وَصَرَّحَ فِي "الْحَاوِي" بِطُلَانِ الحَوَالَةِ بِمَوْتِ الْمُحَالِ عَلَيْهِ) أَي: فِي الْمُقَيَّدَةِ، وَفِي الْمُطْلَقَةِ يُؤْخَذُ الذَّيْنُ مِنْ تَرْكِيبِهِ، وَمَا فِي "الْكَافِي" إِنَّمَا هُوَ فِي الْمُقَيَّدَةِ أَيْضًا كَمَا هُوَ ظَاهِرٌ.

(١) "الدرر والغرر": كتاب الحوالة ٣٠٩/٢.

(٢) فِي "م": ((لَمْ)).

(٣) "الخلاصة": كتاب الحوالة ق ٢٥٥/ب.

(٤) "البزازية": كتاب الحوالة ٢٦/٦ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٥) لَمْ نَعثر عَلَى الْمَسْأَلَةِ فِي مَظَانِّهَا مِنْ مَخْطُوطَةِ "الْحَاوِي الْقُدْسِي" الَّتِي بَيْنَ أَيْدِينَا.

(٦) الْمَقُولَةُ [٢٥٨٥٥] قَوْلُهُ: ((وَلَا يَرْجِعُ الْمُحْتَالُ عَلَى الْمُحِيلِ إِلَّا خ)).

(٧) "الفتح": كتاب الحوالة ٣٥٥/٦ باختصار.

(٨) فِي "ت": ((الَّذِي لَهُ عَلَيْهِ))، وَبِعَارَةِ "الفتح": ((الَّذِي لِي عَلَيْهِ)).

(٩) فِي "ت" وَ"م": ((فَيَأْخُذْ))، وَهُوَ خَطَأٌ.

(١٠) "الجوهرة النيرة": كتاب الحوالة ٣٨٠/١ بتصرف.

(باع بشرط أن يُحيلَ على المشتري بالثمن غريباً له) أي: للبائع (بطل، ولو باع بشرط أن يحتال بالثمن صح)

وأما إذا سقط الدين الذي قيدت به الحوالة بأمر عارض ولم تتبين براءة الأصل منه فلا تبطل، مثل أن يحتال بالف من ثمن مبيع فهلك المبيع عنده قبل تسليمه للمشتري سقط الثمن عن المشتري، ولا تبطل الحوالة، ولكنه إذا أدى رجع على المحيل بما أدى؛ لأنه قضى دينه بأمره، وأما إذا كانت مطلقة فإنها لا تبطل بحال من الأحوال، ولا تقطع فيها مطالبة المحيل عن المحال عليه إلى أن يؤدي، فإذا أدى سقط ما عليه فصاصاً، ولو تبين براءة المحال عليه من دين المحيل لا تبطل أيضاً، ولو أن المحال أبرأ المحال عليه من الدين صح وإن لم يقبل المحال عليه، ولا يرجع المحال عليه على المحيل بشيء؛ لأن البراءة إسقاط لا تمليك، وإن وهبه له احتاج إلى القبول، وله أن يرجع على المحيل؛ لأنه ملك ما في ذمته بالهبة، فصار كما لو ملكه بالأداء، وكذا لو مات المحال^(١) فورثه المحال عليه له أن يرجع على المحيل؛ لأنه ملكه بالإرث،، وتماثل الكلام فيها^(٢). قال في "البحر"^(٣): ((وقد وقعت حادثة الفتوى في المديون إذا باع شيئاً من دائنه بمثل الدين، ثم أحال عليه بنظير الثمن أو بالثمن فهل يصح أم لا؟ فأجبت: إذا وقع بنظيره صححت؛ لأنها لم تقيد بالثمن، ولا يشترط لصحتها دين على المحال عليه، وإن وقعت بالثمن فهي مقيدة بالدين، وهو مستحق للمحال عليه؛ لوفوع المقاصة بنفس الشراء. وقدمنا أن الدين إذا استحق للغير فإنها تبطل، والله سبحانه وتعالى أعلم)) اهـ. أي: لأن الدين لم يسقط بأمر عارض بعد الحوالة، بل تبين براءة المحال عليه منه بأمر سابق.

[٢٥٨٩٢] (قوله: بطل) أي: البيع، أي: فسد؛ لأنه شرط لا يقتضيه العقد، وفيه نفع للبائع "درر"^(٤)، أي: وبطلت الحوالة التي في ضمنه، "ط"^(٥).

قلت: ووجه النفع أن فيه دفع مطالبة غريبه له وتسليطه على المشتري.

(١) في "م": ((المحيل))، وهو خطأ.

(٢) انظر "الجوهرة النيرة": كتاب الحوالة ٣٨٠/١.

(٣) "البحر": كتاب الحوالة ٢٧٥/٦.

(٤) "الدرر والغرر": كتاب الحوالة ٣١٠/٢.

(٥) "ط": كتاب الحوالة ١٧١/٣.

لأنه شرط مُلائم كشرط الجودَة بخلاف الأوّل. (أدّى المال في الحوالة الفاسدة فهو بالخيار: إن شاء رجّع على) المُحتال (القابض، وإن شاء رجّع على المُحيل)، وكذا في كلّ موضع وردّ الاستحقاق، "بِزَايَةِ"^(١)، وفيها^(٢): ((ومن صور فساد الحوالة ما لو شرط فيها الإعطاء من ثمن دار المُحيل مثلاً؛

[٢٥٨٩٣] (قوله: لأنه شرط مُلائم) لأنه يُؤكد مُوجب العقد؛ إذ الحوالة في العادة تكون

على الأمل^(٣) والأحسن قضاءً، فصار كشرط الجودَة، "درر"^(٤). ٢٩٤/٤

قلت: وحاصله أن في هذا الشرط تعجيل اقتضائه الثمن في زعم البائع.

[٢٥٨٩٤] (قوله: بخلاف الأوّل) لأن المطلوب بالثمن قبل الحوالة وبعدها واحد، وهو المشتري.

[٢٥٨٩٥] (قوله: في الحوالة الفاسدة) كالصور الآتية^(٥).

[٢٥٨٩٦] (قوله: فهو) أي: المؤدّي، وهو المُحال عليه.

[٢٥٨٩٧] (قوله: وكذا في كلّ موضع وردّ الاستحقاق) أي: استحقاق المبيع الذي أُحيل

بشميه، قال في "الخلاصة"^(٦) و"البزاية"^(٧): ((وعلى هذا إذا باع الآجرُ المستأجرَ وأحال المستأجرَ

على المشتري، ثم استحق المبيع من يد المشتري وهو قد أدّى الثمن إلى المستأجر: إن شاء رجّع

بالثمن على الموجر المُحيل، وإن شاء رجّع على المستأجرِ القابض)) اهـ.

[٢٥٨٩٨] (قوله: ما لو شرط فيها الإعطاء إلخ) صادق بما إذا وقّع الشرط بين المُحيل

والمُحال عليه، أو بين الثلاثة^(٨)، فافهم، وهي من قسم^(٩) الحوالة المقيدة.

[٢٥٨٩٩] (قوله: مثلاً) أدخل به الأجنب للعلّة المذكورة، "ط"^(١٠).

(١) "البزاية": كتاب الحوالة ٢٧/٦ بتصرف (هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) في "م": ((الملاء)).

(٣) "الدرر والغرر": كتاب الحوالة ٣١٠/٢.

(٤) في هذه الصيغة وما بعدها "در".

(٥) "الخلاصة": كتاب الحوالة ٢٥٦/١.

(٦) "البزاية": كتاب الحوالة ٢٧/٦ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٧) ثم خطأ طباعي في نسخة "م" في هذا الموضع.

(٨) ((قسم)) ليست في "الأصل".

(٩) "ط": كتاب الحوالة ١٧١/٣.

لعجزه عن الوفاء بالملتزم، نعم لو أجازَ جازَ كما لو قبَلها المحتال عليه بشرط الإعطاء من ثمن داره، ولكن لا يُجبر على البيع،

[٢٥٩٠٠] (قوله: لعجزه عن الوفاء) علة للفساد؛ لأنه شرط غير ملائم.

[٢٥٩٠١] (قوله: نعم لو أجازَ أي: المحيل يبيع داره بأن أمره بالبيع فحينئذ يصح، لوجود القدرة على البيع والأداء كما في "الدرر"^(١))، وقد ذكر في "البرازية"^(٢) المسألة بدون هذا الاستدراك، ثم قال^(٣) [١٩٣/٦] بعد نحو صفحة ما نصّه: ((وفي "الظهيرية"^(٤)): احتال على أن يؤدّيه من ثمن دار المحيل، وقد كان أمره بذلك حتى جازت الحوالة لا يُجبر المحتال عليه على الأداء قبل البيع، ويُجبر على البيع إن كان البيع مشروطاً في الحوالة كما في الرهن، وإنّا أعدنا المسألة لأنه توفيق بين الروايات المختلفة)) اهـ. ومفاده أنه يُجبر في بعض الروايات، وفي بعضها لا يُجبر. والتوفيق أنه إن قبل المحال عليه الحوالة من المحيل بشرط بيع دار المحيل ليؤدّي المال من ثمنها صحّت الحوالة والشرط، كما لو شرط المرتهن بيع الرهن إذا لم يؤدّ الرهن المال، فإنه يصح ولا يملك الرجوع عن ذلك.

[٢٥٩٠٢] (قوله: كما لو قبَلها إلخ) وجه الجواز أن المحال عليه قادر على الوفاء بما التزم.

[٢٥٩٠٣] (قوله: ولكن لا يُجبر على البيع) لعدم وجوب الأداء قبل البيع، "درر"^(٥). وعبارة "البرازية"^(٦): ((ولا يُجبر على بيع داره كما إذا كان قبولها بشرط الإعطاء عند الحصاد لا يُجبر على الإعطاء قبل الأجل)) اهـ.

(قوله: ويُجبر على البيع إن كان البيع مشروطاً في الحوالة إلخ) غوه في "الهندية".

(قوله: ولا يُجبر على بيع داره إلخ) مقتضى صحة اشتراط بيع دار المحيل في العقد وجبره على البيع ليؤدّي من الثمن أنه لو اشترط في العقد بيع دار المحال عليه أن يُجبر على البيع وأداء الدين من الثمن، بل هذا أولى من اشتراط بيع دار المحيل، تأمل.

(١) "الدرر والغرر": كتاب الحوالة ٢/٣١٠.

(٢) "البرازية": كتاب الحوالة ٦/٢٧ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) "البرازية": كتاب الحوالة ٦/٢٩ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) "الظهيرية": كتاب الكفالة والحوالة - الفصل الثالث في الدعوى والخصومة في الكفالة وفي مسائل الحوالة ق ٣٧٥/١.

(٥) "الدرر والغرر": كتاب الحوالة ٢/٣١٠.

(٦) "البرازية": كتاب الحوالة ٦/٢٧ (هامش "الفتاوى الهندية").

ولو باع يُجْبَرُ عَلَى الْأَدَاءِ)). (وَلَا يَصِحُّ تَأْجِيلُ عَقْدِهَا) فُلُو قَالَ: ضَمِنْتُ بِمَا لَكَ عَلَى
فُلَانٍ عَلَى أَنْ أُحْيِلَكَ بِهِ عَلَى فُلَانٍ إِلَى شَهْرٍ انصَرَفَ التَّأْجِيلُ إِلَى الدَّيْنِ؛

[٢٥٩٠٤] (قوله: ولو باع يُجْبَرُ عَلَى الْأَدَاءِ) لِتَحْقِيقِ الْوُجُوبِ، "دُرر" (١).

[٢٥٩٠٥] (قوله: عَلَى أَنْ أُحْيِلَكَ بِهِ عَلَى فُلَانٍ) فَإِنْ أَحَالَهُ وَقَبْلَ جَازٍ، وَإِنْ لَمْ يَقْبَلْ بَرِيءَ
الْكفيلِ عَنِ الضَّمَانِ، وَإِنْ لَمْ يَقْبَلْ فُلَانٌ فَالْكفيلُ عَلَى ضَمَانِهِ، وَإِنْ مَاتَ فُلَانٌ لَمْ يُطَالَبْ بِمَا لَ
حَتَّى يَمُضِيَ شَهْرٌ، هَذَا حَاصِلُ مَا فِي "الْبَحْرِ" (٢) عَنْ "المَحِيطِ". وَوَجْهُ قَوْلِهِ: ((لَمْ يُطَالَبْ
إِلَخ)) أَنَّهُ مَمُوتٌ فُلَانٌ لَمْ يَتَّقِ الْحَوَالَةَ مَمَكَّةً، وَقَدْ رَضِيَ الطَّالِبُ بِتَأْخِيرِ الْمَطَالِبَةِ إِلَى شَهْرٍ، فَبَقِيَ
الْأَجَلُ لِلْكفيلِ فَلَا يُطَالَبُ قَبْلَهُ، وَكَذَا يُقَالُ فِيمَا إِذَا لَمْ يَقْبَلْ فُلَانٌ، هَذَا مَا ظَهَرَ لِي.

[٢٥٩٠٦] (قوله: انصَرَفَ التَّأْجِيلُ إِلَى الدَّيْنِ) إِلَخ) أَي: فَلَا يُطَالَبُ فُلَانٌ إِلَّا بَعْدَ الشَّهْرِ، وَلَوْ
انصَرَفَ التَّأْجِيلُ إِلَى الْعَقْدِ بِصِيرِ الْمَعْنَى: عَلَى أَنْ أُحْيِلَكَ حَوَالَةً مُقَيَّدَةً بِشَهْرٍ، وَذَلِكَ لَا يَصِحُّ؛
لأنَّهُ يُنَافِي انْتِقَالَ الدَّيْنِ إِلَى ذِمَّةِ الْحَالِ عَلَيْهِ، تَأَمَّلْ.

مطلب في تأجيل الحوالة

(تنبيه)

قال في "الفتح" (٣): ((تَنْقَسِمُ الْحَوَالَةُ الْمَطْلُوقَةُ إِلَى حَالَةٍ وَمُوجَلَّةٍ، فَالْحَالَةُ: أَنْ يُحْيَلَ الطَّالِبُ بِالْفِ

(قوله: وَإِنْ لَمْ يَقْبَلْ) أَي: الْمَكْفُولُ لَهُ.

(قوله: وَإِنْ لَمْ يَقْبَلْ فُلَانٌ فَالْكفيلُ عَلَى ضَمَانِهِ) إِلَخ) وَجْهُ عَدَمِ طُلَانِ الْكِفَالَةِ مَمُوتِ فُلَانٍ أَوْ عَدَمِ
قَبُولِهِ الْحَوَالَةَ أَنَّ الشَّرْطَ قَبُولَ الشَّرْطِ مِنَ الطَّالِبِ لَا تَحْقُوقَهُ خَارِجاً كَمَا إِذَا طَلَّقَهَا عَلَى مَا يَشْتَرُطُ قَبُولَهَا
لَهُ لَا تَحْقُوقَهُ خَارِجاً، تَأَمَّلْ.

(قوله: بِصِيرِ الْمَعْنَى: عَلَى أَنْ أُحْيِلَكَ حَوَالَةً مُقَيَّدَةً بِشَهْرٍ، وَذَلِكَ لَا يَصِحُّ) إِلَخ) فِيهِ: أَنَّهُ لَيْسَ
الْكَلَامُ فِي تَقْيِيدِ الْحَوَالَةِ بِمَدَّةٍ، بَلْ فِي تَأْجِيلِهَا، فَالْأَنْسَبُ أَنْ يَقُولَ: حَوَالَةً بَعْدَ شَهْرٍ.

(١) "الدُرر والغرر": كتاب الحوالة ٣١٠/٢.

(٢) "البحر": كتاب الحوالة ٢٧٦/٦.

(٣) "الفتح": كتاب الحوالة ٣٥٥/٦.

لأنه لا يصح تأجيل عقد الحوالة، "بحر"^(١) عن "المحيط". (وكرهت السُّقْتَجَةُ بضم السين - وتفتح - وفتح التاء،)

هي على المحيل حالة، فتكون على المحتال عليه حالة؛ لأن الحوالة لتحويل الدين فيتحول بصفته التي على الأصل. والموجلة: أن تكون الألف إلى سنة، فأحال بها إلى سنة، ولو أبهمها^(٢) لم يذكره "محمد"، وقالوا: ينبغي أن تثبت موجلة كما في الكفالة، فلو مات المحيل بقي الأجل، لا لو مات المحال عليه؛ لاستغناؤه عن الأجل بموته، فإن لم يترك وفاء رجع الطالب على المحيل إلى أجله؛ لأن الأجل سقط حكماً للحوالة وقد انتقضت بالتوى فينتقض ما في ضميتها، كما لو باع المديون بدين مؤجل عبداً من الطالب، ثم استحق العبد عاد الأجل^(٣) اهـ ملخصاً. وقدمنا^(٤) قريباً عن "البرازية": ((لو قبلها إلى الحصاد لا يجبر على الإعطاء قبله))، فأفاد صحة التأجيل مع الجهالة القريبة. وقدمنا^(٥) التصريح به في كتاب الكفالة. وشمل التأجيل القرض فيصبح هنا، فسي "كافي الحاكم" ما حاصله: ((لو كان لزيد على عمرو ألف قرض، وعمرو على بكر ألف قرض فأحال عمرو زيدا بالألف على بكر إلى سنة جاز، وليس لعمرو أن يأخذ بكراً بها، وإن أبرأه منها أو وهبها له لم يجز)) اهـ.

مطلب في السُّقْتَجَةِ وهي البوليصة

[٢٥٩٠٧] (قوله: وكرهت السُّقْتَجَةَ) واحدة السُّقَاتِج، فارسيٌّ مُعَرَّبٌ، أصله: سُفْتَه، وهو الشيء المحكَّم، سُمِّيَ هذا القرضُ به لإحكام أمره كما في "الفتح"^(٥) وغيره. [٢٥٩٠٨] (قوله: بضم السين أي: وسكون الفاء كما في "ط"^(٦)) عن "الوائي".

(١) "البحر": كتاب الحوالة ٢٧٦/٦.

(٢) في "ك" و"م": ((أبهمها)).

(٣) المقولة [٢٥٩٠٣] قوله: ((ولكن لا يجبر على البيع)).

(٤) المقولة [٢٥٥٢٩] قوله: ((ولا يصح أن غلقت بغير ملام الخ)).

(٥) "الفتح": كتاب الحوالة ٣٥٥/٦.

(٦) "ط": كتاب الحوالة ١٧١/٣.

وهي: إقراضٌ لسقوطِ خطرِ الطريقِ، فكأنَّه أحالَ الخطَرَ المتوقَّعَ على المُستقرِّضِ فكان في معنى الحوالة، وقالوا: إذا لم تكنِ المنفعةُ مشروطةً ولا مُتعارفةً فلا بأسَ.

[٢٥٩٠٩] (قوله: وهي: إقراضٌ إلخ) وصورتها: أن يدفعَ إلى تاجرٍ مالاَ قرضاً ليدفعهُ إلى صديقِهِ، وإنَّما يدفعُهُ قرضاً لا أمانةً ليستفيدَ به سُقوطُ خطرِ الطريقِ، وقيل: هي أن يُقرضَ إنساناً ليقضيه المُستقرِّضُ في بلدٍ يريدُهُ المقرِّضُ؛ ليستفيدَ به سُقوطُ خطرِ الطريقِ، "كفاية"^(١).

[٢٥٩١٠] (قوله: فكأنَّه أحالَ إلخ) بيانٌ لمناسبةِ المسألةِ بكتابِ الحوالة. اهـ "ح"^(٢). وفي "نظم الكنز" لـ "ابن الفصيح":

وَكُرِهَتْ سَفَاتِجُ الطَّرِيقِ وَهِيَ إِحَالَةٌ عَلَى التَّحْقِيقِ

قال شارحُه "المقدسي"^٣: ((لأنَّه [١٩٢٣/٣] يُحيلُ صديقهَ عليه، أو مَنْ يكتبُ إليه)).

[٢٥٩١١] (قوله: وقالوا إلخ) قال في "النهر"^(٣): ((وإطلاقُ "المصنّف" يُفيدُ إناطةً^(٤)

الكرَاهةَ بِجَرِّ النَّفْعِ، سواءَ كانَ ذلكَ مشروطاً أوْ لا، قال "الزَّيلعي"^(٥): وقيل: إذا لم تكنِ المنفعةُ مشروطةً فلا بأسَ به اهـ. وجَزَمَ بهذا القِيلُ في "الصُّغرى" و"الواقعاتِ الحُساميةِ" وفي "الكفاية" لـ "البيهقي"^(٦)، وعلى ذلكَ جَرَى في صَرَفِ "البَزَازيةِ"^(٧)) اهـ.

(١) "الكفاية": كتاب الحوالة ٣٥٥/٦ (ذيل "فتح القدير").

(٢) "ح": كتاب الحوالة ق ٣٠٧/أ.

(٣) "النهر": كتاب الحوالة ق ٤٢٥/ب.

(٤) قوله: ((إناطة)) صوابه: نَوَظ؛ لأنَّ فعلَه ثلاثيٌّ من باب ((قال)) كما في "المصباح". اهـ مصحّحاً "ب" و"م".

(٥) "تبين الحقائق": كتاب الحوالة ١٧٥/٤.

(٦) عبارة مخطوطة "النهر" التي بين أيدينا: ((وفي الكفالة لـ "الشَّهيد"))، وهو تحريف، وتقدمت ترجمة "كفاية البيهقي" ١١٧/٦.

(٧) "البزازية": كتاب الصرف ٥/٥ (هامش "الفتاوى الهندية").

وظاهر "الفتح" اعتماده أيضاً حيث قال^(١): ((وفي "الفتاوى الصغرى" وغيرها: إن كان السُّفْتَجُ مشروطاً في القَرْضِ فهو حرام، والقَرْضُ بهذا الشرط فاسدٌ وإلا جاز، وصورة الشرط كما في "الواقعات": رجلٌ أقرضَ رجلاً مالاً على أن يكتبَ له بها إلى بلدٍ كذا فإنه لا يجوزُ، وإن أقرضَهُ بلا شرطٍ وكتبَ جازاً، وكذا لو قال: اكتب لي سَفْتَجَةً إلى موضعٍ كذا على أن أعطيكَ هنا فلا خيرَ فيه، وروي عن "ابن عباس" رضي الله عنه ذلك^(٢). ألا ترى أنه لو قضاهُ

(١) "الفتح": كتاب الحوالة ٣٥٦/٦.

(٢) روى حَفْصُ بْنُ غِيَاثٍ وَهْشِيمٌ عَنْ حَجَّاجِ بْنِ أَرْطَاةَ عَنْ عَطَاءِ بْنِ أَبِي رِياحٍ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ الزُّبَيْرِ كَانَ يَأْخُذُ مِنْ قَوْمٍ بِمَكَّةَ دِرْهَمٌ، ثُمَّ يَكْتُبُ بِهَا إِلَى مَصْعَبِ بْنِ الزُّبَيْرِ بِالْعِرَاقِ فَيَأْخُذُونَهَا مِنْهُ، فَمَنْ ابْنُ عَبَّاسٍ عَنْ ذَلِكَ فَلَمْ يَرَبْ بِهِ بَأْساً، فَقِيلَ لَهُ: (إِنْ أَخَذُوا أَفْضَلَ مِنْ دِرْهَمِهِمْ؟ قَالَ: ((لَا بَأْسَ إِذَا أَخَذُوا بِوَزْنِ دِرْهَمِهِمْ)). أَخْرَجَهُ ابْنُ أَبِي شَيْبَةَ فِي "الْمَصْنُفِ" ١١٩/٥، وَابْنُ بَيْهَقٍ ٣٥٢/٥. وَالحَجَّاجُ: صَدُوقٌ، مُدَلِّسٌ، ضَعَفَهُ بَعْضُهُمْ.

وَرَوَى حَفْصُ بْنُ غِيَاثٍ وَعِيسَى بْنُ يُونُسَ عَنْ عُثَيْبِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ مَوْهَبٍ عَنْ حَفْصِ بْنِ الْمُعْتَمِرِ عَنْ أَبِيهِ أَنَّ عُبَيْدًا قَالَ: ((لَا بَأْسَ أَنْ يُعْطِيَ الْمَالَ بِالْمَدِينَةِ، وَيَأْخُذَ بِأَفْرِيقَةٍ)). قَالَ ابْنُ بَيْهَقٍ: فَإِنْ صَحَّ ذَلِكَ عَنْهُ (أَي: عَنْ عَلِيٍّ)، وَعَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا فَإِنَّمَا أَرَادَا - وَاللَّهُ أَعْلَمُ - إِذَا كَانَ ذَلِكَ بِغَيْرِ شَرْطٍ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ أَهـ.

وَرَوَى حَفْصُ بْنُ غِيَاثٍ عَنْ حَجَّاجِ بْنِ أَرْطَاةَ عَنْ أَبِي مَسْكِينٍ وَخَارِجَةَ عَنْ حُدُّثَةَ عَنْ الْحَسَنِ بْنِ عَلِيٍّ ((أَنَّهُ كَانَ يَأْخُذُ الْمَالَ بِالْحِجَازِ وَيُعْطِيهِ بِالْعِرَاقِ، أَوْ بِالْعِرَاقِ وَيُعْطِيهِ بِالْحِجَازِ)). وَرَوَى وَكِيعٌ وَابْنُ عُثَيْمٍ عَنْ ابْنِ عَوْنٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ سِيرِينَ قَالَ: ((لَا بَأْسَ بِالسُّفْتَجَةِ))، وَلَفْظُ إِسْمَاعِيلَ: ((أَنَّهُ كَانَ لَا يَرَى بَأْساً أَنْ يَدْفَعَ الدَّرَاهِمَ بِالْبَصْرَةِ، وَيَأْخُذَهَا بِالْكُوفَةِ)). وَرَوَى شُعْبَةُ عَنْ الْحَكَمِ بْنِ إِبرَاهِيمَ النَّخَعِيِّ قَالَ: لَا بَأْسَ بِالسُّفْتَجَةِ. وَكَانَ مِمُّونُ بْنُ أَبِي شَيْبَةَ يَكْرِهُهَا. أَخْرَجَ كُلُّ ذَلِكَ ابْنُ أَبِي شَيْبَةَ ١١٨/٥ - ١١٩.

وَرَوَى حُمَيْدُ بْنُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ الرَّؤَاسِيُّ عَنْ دِينَارٍ قَالَ: سَأَلْتُ الْحَسَنَ: أَعْطَى الصَّرَافُ الدَّرَاهِمَ بِالْبَصْرَةِ، وَأَخَذَ السُّفْتَجَةَ، وَأَخَذَ مِثْلَ دِرْهَمِي بِالْكُوفَةِ؟ فَقَالَ: ((لِنَا يَفْعَلُ ذَلِكَ مِنْ أَجْلِ اللُّصُوصِ، لَا خَيْرَ فِي قَرْضٍ جَرَّ مُنْفَعَةً)). أَخْرَجَهُ ابْنُ أَبِي شَيْبَةَ ١٢٠/٥. وَرَوَى وَكِيعٌ وَجَعْفَرُ بْنُ عَوْنٍ عَنْ أَبِي عُمَيْسٍ عَنْ يَزِيدَ بْنِ جُعْدَةَ عَنْ عُثَيْبِ بْنِ السَّبَّاحِ عَنْ زَيْنَبِ النَّخَعِيَّةِ امْرَأَةِ عَبْدِ اللَّهِ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَعْطَاهَا جُنْدًا حَمِينَ وَسَفَّ قَرَأَ بِخَيْرٍ وَعَشْرِينَ وَسَفَّ شَعِيرًا، قَالَتْ: فَجَاءَنِي عَاصِمُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ فِي إِمَارَةِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، فَقَالَ لِي: هَلْ لَكَ أَنْ أُوتِيكَ مَالَكُ بِخَيْرٍ هَاهُنَا بِالْمَدِينَةِ فَأَقْبِضَهُ مِنْكَ بِكَيْلِهِ بِخَيْرٍ؟ فَقَالَتْ: لَا حَتَّى أَسْأَلَ عَنْ ذَلِكَ، قُلْتُ: فَذَكَرْتُ ذَلِكَ لِعُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ فَقَالَ: ((لَا تَعْلَمِي، فَكَيْفَ لَكَ بِالضَّمَانِ فِيمَا بَيْنَ ذَلِكَ)).

(فرع) في "النهر" (١)

أحسن مما عنه لا يُكره إذا لم يكن مشروطاً، قالوا: إنما يحل ذلك عند عَدَمِ الشَّرْطِ إذا لم يكن فيه عُرْفٌ ظاهر، فإن كان يُعرفُ أنَّ ذلك يُفعلُ كذلك فلا) اهـ.

[٢٥٩١٢] (قوله: فرع الخ) ذكره استطراداً. نَعَمْ ذَكَرَ في "البحر" (٢) و"النهر" (٣) عن

"اليزازية" (٤) ما له مُناسِبَةٌ هنا، وحاصله: أَنَّ المُستقرَضَ لو قَضَى أَجَوَدَ مِمَّا استقرَضَ يحلُّ بلا شرط، ولو قَضَى أَزَيَدَ فيه تفصيلٌ للخ.

وقدّمنا (٥) في فصل القَرْضِ عن "الحنايية": ((أَنَّ الزِّيَادَةَ إذا كانت تجري بينَ الوزْنَيْنِ - أي: بأن كانت تظهر في ميزانٍ دونَ ميزانٍ - جازَ كالدائِقِ في المائةِ بخلافِ قَدَرٍ درهمٍ، وإن لم تجرِ:

- أخرجه البيهقي في "الكبرى" ٣٥٢/٥.

ثم قال البيهقي: روي فيه حديثٌ مرفوعٌ، وهو ضعيفٌ بمروءة، فلم أذكره لضعفه.

وزيادُ بنُ جُعْدَانَةَ قال البخاري وغيره: مُنْكَرُ الحديث، ورماه مالكٌ بالكذب، وقال النسائي: متروكٌ.

وقد كَرِهَ ابنُ عباسٍ وغيره كُلَّ قَرْضٍ جَرَّ نَمْعَةً لِلْمَقْرَضِ.

فروى الأوزاعي عن يحيى بن أبي كثير عن أبي صالح عن ابن عباس أنه قال في رجلٍ كان له على رجلٍ عشرونَ درهماً، فجعلَ يُهدي إليه، وجعلَ كلما أهدى إليه هديةً باعها، حتى بلغَ ثمنها ثلاثةَ عشرَ درهماً، فقال ابنُ عباسٍ: ((لا تأخذَ منه إلا سبعةَ دراهمٍ)).

وروى شعبة عن عمارةِ الدُهْنِيِّ عن سالم بن أبي الجعد قال: كان لنا جارٌ سَمَّاكَ، عليه لرجلٍ خمسونَ درهماً، فكان يُهدي إليه السَّمَكَ، فأتى ابنُ عباسٍ فسأله عن ذلك فقال: ((قاصِدُ ما أهدى إليك)). أخرجه

البيهقي في "الكبرى" ٣٤٩/٥ - ٣٥٠.

وروى حجاجُ بنُ أُرْطاةَ عن عطاء قال: ((كانوا يكرهون كُلَّ قَرْضٍ جَرَّ نَمْعَةً)).

وكرِهَهُ أَيْضَ بنُ كعبٍ وابنُ مسعودٍ وقُصَالَةُ بنُ عُثَيْبٍ وإبراهيمُ النَّخَعِيُّ والحسنُ البصريُّ وابنُ سيرينَ.

أخرج ذلك ابنُ أبي شَيْبَةَ في "المصنف" ٨٠/٥، والبيهقي ٣٤٩/٥ - ٣٥٠.

وروي مرفوعاً من وجوهٍ ضعيفةٍ.

(١) "النهر": كتاب الحوالة ق ٤٢٥/ب.

(٢) انظر "البحر": كتاب الحوالة ٢٧٦/٦.

(٣) انظر "النهر": كتاب الحوالة ق ٤٢٥/ب.

(٤) انظر "اليزازية": كتاب الصرف ٤/٥ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٥) المقولة [٢٤٢٩٤] قوله: ((وقيل: لا)).

و"البحر" ^(١) عن صَرْفِ "الْبَرَاذِيرَةِ" ^(٢): ((ولو أنَّ المُستقرِضَ وَهَبَ مِنْهُ الرِّائِدَ لَمْ يَجُزْ؛ لَأَنَّهُ مُشَاعٌ يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ)). (ولو تَوَكَّلَ الْمُحِيلُ ^(٣) عن ^(٤) الْمُحْتَالِ بِقَبْضِ ذَيْنِ الْحَوَالَةِ لَمْ يَصِحَّ)). ولو شَرَطَ الْمُحْتَالُ الضَّمَانَ عَلَى الْمُحِيلِ صَحَّ وَيُطَالَبُ أَيَّ شَاءَ؛ لِأَنَّ الْحَوَالَةَ بِشَرَطِ عَدَمِ بَرَاءَةِ الْمُحِيلِ كِفَالَةً، "خَانِيَّةٌ" ^(٥)،

فإن لم يعلم صاحبها بها تُرُدُّ عليه، وإن عِلِمَ وأعطاهما اختياراً؛ فلو كانت الدراهم لا يضرها التبعض لا تجوز؛ لأنها هبة المشاع فيما يحتمل القسمة، ولو يضرها جاز، وتكون هبة المشاع فيما يقسم. اهـ. وعليه فلو قضاه مثل قرضه ثم زاده درهماً مفروفاً أو أكثر جاز إن لم يكن مشروطاً، وقدّمنا هناك ^(٦) عن "خواهر زاده": ((أنَّ المنفعة في القرض إذا كانت غير مشروطة تجوز بلا خلاف)).

[٢٥٩١٣] قوله: لم يصحّ لكون المحيل يعمل لنفسه ليستفيد الإبراء المؤبد، "بحر" ^(٧) عند قوله ^(٨): ((هي نقل الدين))، "ط" ^(٩). وإذا لم يصحّ لا يجبر ^(١٠) الحال عليه على الدفع إليه. [٢٥٩١٤] قوله: لأنَّ الحوالة إلخ) كما أنَّ الكفالة بشرط براءة الأصل حوالة كما في "الهداية" ^(١١) و"الملتقى" ^(١٢).

(١) "البحر": كتاب الحوالة ٢٧٦/٦.

(٢) "البرازية": كتاب الصرف ٤/٥ هامش "الفتاوى الهندية".

(٣) في "ط": ((لمحيل)).

(٤) في "و" و"ط": ((على)).

(٥) "الخانية": كتاب الكفالة والحوالة - مسائل الحوالة ٧٨/٣ هامش "الفتاوى الهندية".

(٦) المقولة [٢٤٣٠٥] قوله: ((يجوز، ويكره)).

(٧) "البحر": كتاب الحوالة ٢٦٨/٦.

(٨) أي: عند قول صاحب "الكنز".

(٩) "ط": كتاب الحوالة ١٧٢/٣.

(١٠) في "ك": ((لا يبرأ))، وهو تحريف.

(١١) في "م": ((الهدية))، وهو خطأ، وانظر "الهداية": كتاب الكفالة ٩٠/٣.

(١٢) "ملتقى الأبحر": كتاب الكفالة ٥٩/٢.

وفيهما^(١) عن "الثاني": ((لو غاب المحال عليه، ثم جاء المحال وادّعى جُحوده المَالَ لم يُصدّق وإن برهن؛ لأنّ المشهود عليه غائب، فلو حاضراً وجحد الحوالة ولا بيّنة كان القول له، وجعل جُحوده فسحاً)).

(فرغ)

الأب أو الوصي إذا احتال بمال اليتيم فإن كان خيراً لليتيم بأن كان الثاني أملاً صح، "سراجية"^(٢)، وإلا لم يحز كما في مضاربة "الجوهرة"^(٣).

[٢٥٩١٥] (قوله: ولا بيّنة) أي: وحلف الجاحد، "ط"^(٤).

[٢٥٩١٦] (قوله: وجعل جُحوده فسحاً) هي مسألة تواء^(٥) الدّين السابقة^(٦) في "المن"، وممر^(٧) أنّ الرجوع إنما هو لأنّ براءة المحيل مشروطة بسلامة حقّ المحال، "ط"^(٨).
[٢٥٩١٧] (قوله: وإلا لم يحز) لأنّ تصرفهما مُقيّد بشرط النّظر، قال في "كافي الحاكم": ((ومنه ما لو احتال إلى أجل، وكذا الوكيل إذا لم يفوض إليه الموكل ذلك)) اهـ.

قال في "البحر"^(٩) عن "المحيط": ((لكونه إبراءً مؤقتاً فيعتبر بالإبراء المؤبّر، وهذا إذا كان ديناً ورثه الصّغير، وإن وجب بعقدهما جاز التّأجيل عندهما خلافاً لـ "أبي يوسف") اهـ.

(١) "الحانية": كتاب الكفالة والحوالة - مسائل الحوالة ٧٨/٣ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) "الفتاوى السراجية": كتاب الحوالة ٣٣١/٢ (هامش "فتاوى قاضي خان")، مقتصرأ على ذكر ((الوصي)) دون ((الأب)).

(٣) "الجوهرة النيرة": كتاب المضاربة ٣٥٨/١.

(٤) "ط": كتاب الحوالة ١٧٢/٣.

(٥) في "م" و"م": ((توى)).

(٦) ص٢٢٣ - وما بعدها "در".

(٧) المقولة [٢٥٨٥٨] قوله: ((لأنّ براءة)).

(٨) "ط": كتاب الحوالة ١٧٢/٣.

(٩) "البحر": كتاب الحوالة ٢٧٥/٦.

قلت: ومُفَادُهُمَا^(١) عَدَمُ الْجَوَازِ لَوْ تَسَاوَيَا أَوْ تَقَارَبَا، وَبِهِ جَزَمَ فِي "الْخَانِيَّةِ"^(٢)، وَالْوَجْهَ لَهُ؛ لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ اشْتَغَالَ بِمَا لَا يُفِيدُ، وَالْعُقُودُ إِنَّمَا شَرِعَتْ لِلْفَائِدَةِ^(٣).

[٢٥٩١٨] (قوله: قلت: ومُفَادُهُمَا) أي: مُفَادُ مَا فِي "السَّرَاجِيَّةِ" وَمَا فِي "الْجَوْهَرَةِ"، وَهَذَا أَحَدُ قَوْلَيْنِ حَكَاهُمَا "المُصَنِّفُ"^(٤) عَنْ "الدَّخِيرَةِ"، ثُمَّ رَجَّحَ مَا فِي "الْخَانِيَّةِ" بِمَا ذَكَرَهُ "الشَّارِحُ"، وَاللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ.

(١) فِي "و": ((وَمُفَادُهُ)).

(٢) "الْخَانِيَّةُ": كِتَابُ الْبَيْعِ - بَابُ فِي بَيْعِ غَيْرِ الْمَالِكِ - فَصْلُ فِي بَيْعِ الْوَصِيِّ وَشُرَائِهِ ٢/٢٨٩ (هَامِشُ "الْفَتَاوَى الْهِنْدِيَّة").

(٣) فِي "و" زِيَادَةٌ: ((وَأَنْتَهَى. وَاللَّهُ أَعْلَمُ)).

(٤) "الْمَنْحُ": كِتَابُ الْحَوَالَةِ ٢/٥٢٢.

﴿كتابُ القضاء﴾

لَمَّا كَانَ أَكْثَرُ الْمُنَازَعَاتِ تَقَعُ فِي الدُّيُونِ وَالْبَيَاعَاتِ أَعْقَبَهَا بِمَا يَقْطَعُهَا.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿كتابُ القضاء﴾

ترجمَ له في "الهداية"^(١) ب: ((أدب القاضي))، والأدبُ: الخِصَالُ الحميدةُ، فذكرَ ما ينبغي للقاضي أَنْ يَفْعَلَهُ وَيَكُونَ عَلَيْهِ. وهو في الأصلِ مِنَ الْأَدَبِ بِسُكُونِ الدَّالِ، وهو الْجَمْعُ والدُّعَاءُ، وهو أَنْ تَجْمَعَ النَّاسَ وَتَدْعُوهُمْ إِلَى طَعَامِكَ، يُقَالُ: أَدَبَ يَأْدِبُ كَضَرَبَ يَضْرِبُ [ب/١٩٢ق/٣] إذا دعا إلى طَعَامِهِ، سُمِّيَتْ بِهِ الْخِصَالُ الحميدةُ لِأَنَّهَا تَدْعُو إِلَى الْخَيْرِ، وَتَمَامُهُ فِي "الفتح"^(٢).

[٢٥٩١٩] (قوله: لَمَّا كَانَ الْخ) كَذَا^(٣) فِي "الْعناية"^(٤) وَ"الفتح"^(٥)، وَهُوَ صَرِيحٌ فِي أَنَّ الْمُرَادَ بِالْقَضَاءِ الْحُكْمَ، وَحِينَئِذٍ كَانَ يَنْبَغِي إِيرَاؤُهُ عَقِبَ الدَّعْوَى، وَأَيْضًا كَانَ يَنْبَغِي بَيَانُ وَجْهِ التَّأخِيرِ عَمَّا قَبْلَهُ، كَذَا قِيلَ، وَيُمْكِنُ أَنْ يُقَالَ: أَرَادُوا بَيَانُ مَنْ يَصْلُحُ لِلْقَضَاءِ - أَيْ: الْحُكْمِ - لَتَصِحَّ الدَّعْوَى عِنْدَهُ فَلَا جَرَمَ أَنْ ذُكِرَ قَبْلَهَا، وَلَا خَفَاءَ أَنَّ وَجْهَ التَّأخِيرِ عَمَّا قَبْلَهُ مُسْتَفَادٌ مِنْ أَنَّ أَكْثَرَ الْمُنَازَعَاتِ فِي الدُّيُونِ، وَالْحَوَالَةِ الْمَطْلُوقَةِ مُخْتَصَّةٌ بِهَا، فَذُكِرَ بَعْدَهَا، "نهر"^(٦).

﴿كتابُ القضاء﴾

(قوله: وَالْحَوَالَةِ الْمَطْلُوقَةِ الْخ) أَيْ: مَا يَنْصَرِفُ لَهَا الْفُطْرُ عِنْدَ الْإِطْلَاقِ، الْأَعْمُ مِنَ الْمَطْلُوقَةِ وَالْمَقْيَدَةِ، وَالْقَصْدُ الْإِحْتِرَازُ عَنِ الْحَوَالَةِ بِمَعْنَى الْوَكَالَةِ، فَإِنَّهَا غَيْرُ مُخْتَصَّةٍ بِالدُّيُونِ بِخِلَافِ الْمَقْيَدَةِ، فَإِنَّهَا مُخْتَصَّةٌ بِهَا كَالْمَطْلُوقَةِ.

(١) "الهداية": ١٠١/٣.

(٢) انظر "الفتح": كتاب أدب القاضي ٣٥٦/٦.

(٣) فِي "م": ((كذ))، وَهُوَ خَطَأٌ.

(٤) "العناية": كتاب أدب القاضي ٣٥٧/٦ (هامش "فتح القدير").

(٥) "الفتح": كتاب أدب القاضي ٣٥٦/٦.

(٦) "النهر": كتاب القضاء ٤٢٦/أ.

(هو) بالمد والقصر^(١) لغة: الحكم، وشرعاً: (فصل الخصومات وقطع المنازعات) وقيل غير ذلك كما يُبسط في المطولات.....

[٢٥٩٢٠] (قوله: لغة: الحكم) وأصله: قضاي؛ لأنه من قضيت، إلا أن الباء لما جاءت بعد الألف هُزِمت، والجمع: القضية ﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِلَٰهَهُ﴾ [الإسراء: ٢٣] أي: حكَمَ، وقد يكون بمعنى الفراغ، تقول: قضيت حاجتي، وضرته فقضيت عليه، أي: قتله ﴿وَقَضَىٰ نَحْبَهُ﴾ [الأحزاب: ٢٣] مات، وبمعنى الأداء والإنهاء، ومنه قوله تعالى: ﴿وَقَضَيْنَا إِلَيْهِ ذَلِكَ الْأَمَرَ﴾ [الحجر: ٦٦] وبمعنى الصنع والتقدير، ومنه قوله تعالى: ﴿فَقَضَيْنَا سَبْعَ سَوَاطِلٍ﴾ [فصل: ١٢]، ومنه القضاء والقدر، "بحر"^(٢) ملخصاً عن "الصحيح"^(٣).

[٢٥٩٢١] (قوله: وشرعاً: فصل الخصومات إلخ) عزاه في "البحر"^(٤) إلى "المحيط"، ولا بد أن يَؤَاد فيه: ((على وجه خاص))، وإلا دخل فيه نحو الصلح بين الخصمين.

[مطلب في تعريف القضاء]

[٢٥٩٢٢] (قوله: وقيل غير ذلك) منه قول العلامة "قاسم"^(٥): ((إنه إنشاء إلزام في مسائل الاجتهاد المتقاربة فيما يقع فيه النزاع لمصالح الدنيا، فخرج القضاء على خلاف الإجماع، وما ليس بمحادث، وما كان من العبادات)).

(قوله: فقضيت عليه، أي: قتله) ﴿وَقَضَىٰ نَحْبَهُ﴾ مات) كأنه فرغ منه، "بحر".
(قوله: إنشاء إلزام في مسائل الاجتهاد المتقاربة) عبارة "البحر" وغيره: ((المقارب))^(٦).

(١) في "د" و"و": ((وقصر)).

(٢) "البحر": كتاب القضاء ٢٧٦/٦ - ٢٧٧.

(٣) "الصحيح": مادة ((قضى)).

(٤) "البحر": كتاب القضاء ٢٧٧/٦.

(٥) لعله في رسالته في قضاء القاضي، وليست بين أيدينا.

(٦) عبارة مطبوعة "البحر" التي بين أيدينا: ((المقاربة)).

وأركانُه ستَّةٌ.....

مطلب في قولهم: القضاء مُظهرٌ لا مُثبت^(١)

ومنه قول العلامة "ابن العَرَسِ": ((إنَّه الإلزام - في الظَّاهر - على صيغةٍ مختصَّةٍ بأمرٍ ظُنَّ لزومُهُ في الواقعِ شرعاً))، قال: ((فالمرادُ بالإلزامِ التَّقريرُ التَّامُّ. و((في الظَّاهرِ)) فصلٌ احتَرَزَ به عن الإلزامِ في نفس الأمرِ؛ لأنَّه راجعٌ إلى خطابِ اللهِ تعالى. و((على صيغةٍ مُختصَّةٍ)) أي: الشرعيَّةُ كالزَّمتُ، وقضيتُ، وحكمتُ، وأنفذتُ عليك القضاء. و((بأمرٍ ظُنَّ لزومُهُ إلخ)) فصلٌ عن الجَوَرِ والتَّشْهِي. ومعنى ((في الظَّاهرِ)) أي: الصُّورة الظَّاهِرة، إشارةٌ إلى أنَّ القضاءَ مُظهرٌ في التحقيقِ للأمرِ الشرعيِّ لا مُثبتٌ، خلافاً لما يَتَوَهَّمُ مِنْ أَنَّهُ مُثَبَّتٌ، أخذاً مِنْ قولِ الإمامِ بنُفوذِهِ ظاهراً وباطناً في العقودِ والفُسُوخِ بشهادةِ الزُّورِ؛ لأنَّ الأمرَ الشرعيَّ في مثله ثابتٌ تقديراً، والقضاءُ يُقرَّرُهُ في الظَّاهرِ، ولم يَثْبُتْ أمراً لم يكن؛ لأنَّ الشَّرْعَ قد يَعتبرُ المعدومَ موجوداً والموجودَ معدوماً، كوجودِ الدُّخُولِ حُكماً في إلحاقِ نَسَبِ وَلَدِ المِشْرِقيَّةِ بالمِغْرِبِيِّ، فأجرى الممكنَ مُحجَّرى الواقعِ؛ لئلاَّ يَهْلِكَ الولدُ بانتفاءِ نسبِهِ مع وجودِ العقدِ المُفْضِي إلى ثُبُوتِهِ)) اهـ مُلَخَّصاً، وتَمَامُهُ في رسالَتِهِ.

[٢٥٩٢٣] (قوله: وأركانُه ستَّةٌ إلخ) فيه نظرٌ؛ لأنَّ المرادُ بالقضاءِ الحُكْمُ كما مرَّ^(٢)، والحُكْمُ

(قوله: إنَّه الإلزام - في الظَّاهر - على صيغةٍ إلخ) عبارةٌ غَيرُهُ: ((على صيغةٍ إلخ)) بدونِ ياءٍ. وقوله: ((التَّقريرُ التَّامُّ)) أي: سواءَ كان إلجاءً إلى فعلٍ، أو تركٍ، أو إظهارِ ثُبُوتٍ كما في "الحَمَوِيَّ" وغيرِهِ. (قوله: وعلى صيغةٍ مُختصَّةٍ إلخ) عبارةٌ "النَّهْرُ": ((وقوله: على صيغةٍ فصلٌ عن مُطلقِ الإلزامِ؛ إذ المَعتبرُ هنا الإلزامُ بالصَّيْغَةِ الشَّرعيَّةِ إلخ)).

(قوله: فيه نظرٌ؛ لأنَّ المرادُ بالقضاءِ الحُكْمُ كما مرَّ إلخ) القضاءُ المَعْرُوفُ الذي قيلَ له: حُكْمٌ فيما مرَّ ما توفَّرَ فيه الأركانُ السَّتَّةُ، والحُكْمُ المعدودُ أَنَّهُ رُكْنٌ بمعنى اللَّفْظِ، فلم يَلِزَمْ في كلامِ "الشَّارِحِ" أَنَّهُ يَكُونُ الشَّيْءُ رُكْنًا لِنَفْسِهِ، تَأَمَّلْ.

(١) هذا المطلب من "الأصل"، وليس في باقي النسخ.

(٢) ص ٢٤٨ - "در".

على ما نظمته "ابن الغرس" بقوله: [الكامل]

أطراف كل قضية حكمية

.....

أحد الستة المذكورة، فيلزم أن يكون ركناً لنفسه، فالمناسب ما في "البحر"^(١): ((من أن ركنه ما يدل عليه من قول أو فعل))، ويأتي بيانه^(٢).

[٢٥٩٢٤] (قوله: على ما نظمته) أي: من بحر الكامل، ونصف البيت الثاني الحاء من ((محكوم))، "ط"^(٣).

[مطلب: ترجمة ابن الغرس]

[٢٥٩٢٥] (قوله: "ابن الغرس") بالغين المعجمة، هو العلامة "أبو اليسر بدر الدين محمد" الشهير بـ "ابن الغرس"، له شرح على البيتين المذكورين، وهو الرسالة المشهورة المسماة "الفواكه البدرية في البحث عن أطراف القضايا الحكمية"، وله الشرح المشهور على "شرح العقائد النسفية" لـ "التفتازاني".

[٢٥٩٢٦] (قوله: أطراف كل قضية حكمية) الأطراف جمع طرف بالتحريك، وطرف الشيء مثناه. و((قضية)) أصله: قضوية بياء النسبة إلى القضاء، حذفت منه الواو بعد قلبها ألفاً. و((حكمية)) صفة مخصصة؛ لأن القضاء يطلق على [١/٩٣/٣] معانٍ منها الحكم كما مر^(٤).

(قوله: وقضية أصله: قضوية إلخ) مقتضى كون هذه المادة يائية أن أصل قضية على جعل الباء للنسبة: قضائية، فحذفت الباء الأولى لاحتمال ثلاثة أمثال؛ لأن الحرف المشدد بحرفين، ثم حذفت الألف لانتقاء الساكنين، ثم كُبر ما قبلها لمناسبة الباء، والمذكور في "حاشية الصبان" من القضايا أنها فعلية بمعنى فاعلة، أو مفعولة على الإسناد المجازي في الأول، ولك اعتبار ذلك هنا، فإن الحادثة لا بد من وقوع قضاء فيها، فتكون مقضية فيها، أو قاضية على الإسناد المجازي، تأمل.

(١) "البحر": كتاب القضاء ٢٧٧/٦.

(٢) المقولة [٢٥٩٢٨] قوله: ((حكم)).

(٣) "ط": كتاب القضاء ١٧٣/٣.

(٤) المقولة [٢٥٩٢٠] قوله: ((لغة: الحكم)).

سَتَّ يَلُوحُ بَعْدَهَا التَّحْقِيقُ

.....

حُكْمٌ

.....

والمراءُ بالقضية الحادثة التي يقع فيها التخاصم كدعوى بيع مثلاً، فركنها اللفظ الدالُّ عليها، ولا تكون قضية^(١)، أي: منسوبة إلى القضاء والحكم - أي: لا تكون محلاً لثبوت حق المدعي فيها وعَدَمِهِ - إلا باستجماع هذه الشروط الستة التي هي بمنزلة أطراف الشيء المحيطة به، أو أطراف الإنسان، هذا ما ظهر لي، فافهم.

[٢٥٩٢٧] (قوله: «بَعْدَهَا»^(٢)) بتشديد الدال، مصدر عد الشيء يعدُّه: أحصى عدَّة أفرادِهِ، و((يُلُوحُ)) بمعنى يظهر، و((التَّحْقِيقُ)) فاعله.

مطلب في التنفيذ

[٢٥٩٢٨] (قوله: حُكْمٌ) تقدَّم^(٣) تعريفه، وعلمت أنه قولِي وفعلِي، فالقولِيُّ مثل: أُلزمت وقضيت مثلاً، وكذا قوله بعد إقامة البيِّنة لمعتمديه: أقمته وأطلب الذهب منه، وقوله: ثبت عندي يكفي، وكذا ظهر عندي، أو علمت، فهذا كله حُكْمٌ في المختار. زاد في "الخزانة": ((أو أشهد عليه))، وحاكى في "التَّمَّة"^(٤) الخلاف في ((الثبوت))، والفتوى على أنه حُكْمٌ كما في "الخاتية"^(٥) وغيرها، وتأممه في "البحر"^(٦).

(قوله: زاد في "الخزانة": أو أشهد عليه) الذي في "شرح الملتقى" ما نصه: ((ذكر "الخُلَواني": قول القاضي: ثبت عندي حُكْمٌ، وفي "الصُّغرى": أنه حُكْمٌ إذا أشهد عليه، وكذا صحَّ عندي، أو ظهر عندي، أو علمت، واختار "الأوزجندى" أنه لا بدَّ من قوله: حَكَمْتُ أو ما يجري مجراه، ولا يكون قوله: ثبت عندي حُكْمًا)) اهـ. فاعل ما في المحشَّى تحريفٌ.

(١) في "ب": ((قضية)) دون ياء، وهو خطأ.

(٢) ((بَعْدَهَا)) ساقطة من "الأصل".

(٣) القولة [٢٥٩٢٣] قوله: ((وَأَرَكُنْهُ سِتَّةَ لَحَجَّ)).

(٤) هي "تنمة الفتاوى" لبرهان الدين صاحب "المحيط" (ت ٦١٦هـ)، وتقدم الكلام عليها ٣٧٩/١.

(٥) "الخاتية": كتاب الدعوى والبيِّات - باب الدعوى ٣٧٢/٢ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٦) انظر "البحر": كتاب القضاء ٢٧٧/٦ - ٢٧٨.

وذكر في "الفواكه البدرية": ((أنه المذهب ولكن عُرِفَ المشرعين والمؤلفين الآن على أنه ليس بحكم، ولذا يُقال: ولما ثبتَ عندهُ حكمٌ، والوجه أن يُقال: إن وقعَ الثبوتُ على مُقدّماتِ الحكمِ كقولِ المسجّل: ثبتَ عندهُ جريانُ العينِ في ملكِ البائعِ إلى حينِ البيعِ فليس بحكمٍ إذا كان المقصودُ من الدَّعوى الحكمَ على البائعِ بملكِ المشتري للعينِ المبيعة، وإلا فهو حكمٌ))، وتأمُّه فيها. وفيها أيضاً: ((وأما التنفيذُ فالأصلُ فيه أن يكونَ حكماً؛ إذ من صيغِ القضاءِ قولُه: أنفذتُ عليك القضاء، قالوا: وإذا رُفِعَ إليه قضاءٌ قاضٍ أمضاهُ بشروطِهِ، وهذا هو التنفيذُ الشرعي^(١)، ومعنى رُفِعَ إليه: حصلتْ عندهُ فيه خصوصَةٌ شرعيةٌ، وأما التنفيذُ المتعارفُ في زماننا غالباً فمعناه إحاطةُ القاضي الثاني علماً بحكمِ الأولِ على وجهِ التسليمِ له، ويُسمى اتصالاً)) اهـ ملخصاً. وسيأتي تمامُ الكلامِ عليه في آخرِ فصلِ الحبس^(٢).

مطلب: أمرُ القاضي هل هو حكمٌ أو لا؟

وأما أمرُ القاضي فاتفقوا على أن أمره بحبس المدعى عليه قضاءً بالحقِّ كأمره بالأخذِ منه، وعلى أن أمره بصرفِ كذا من وقفٍ الفقراءِ إلى فقيرٍ من قرابةِ الواقفِ ليس بحكمٍ، حتى لو صرفه إلى فقيرٍ آخرَ صحَّ واختلَفوا في قوله: سلّم الدارَ، وتمامُ الكلامِ عليه في "البحر"^(٣) و"النهر"^(٤).

(قوله: والوجه أن يُقال: إن وقعَ الثبوتُ على مُقدّماتِ الحكمِ إلخ) ومن ذلك ما ذكره "ابنُ الغرس"^(٥) من قولهم: الدَّعوى في العقارِ لا تصحُّ حتى يثبتَ المدعى أن المدعى عليه واضعٌ يدهُ عليه، وهذا الثبوتُ ليس بحكمٍ قطعاً، إلى آخرِ ما ذكره من الفروع الماثلة لهذا الفرع، "سندي".

(١) في "أ": ((التنفيذ المتعارف الشرعي)) بزيادة ((المتعارف)).

(٢) المقولة [٢٦٢٨٨] قوله: ((لترك ما ذكر)).

(٣) انظر "البحر": كتاب القضاء ٢٧٨/٦.

(٤) انظر "النهر": كتاب القضاء ٤٢٦/أ.

(٥) في مطبوعة "التقريرات": ((الفرس)) بالفاء، وهو خطأ.

.....ومحكوم به،.....

وأطلق "الشارح" في الفروع آخر الفصل الآتي^(١) تبعاً لـ "البرازي"^(٢): ((أنه حكم إلا في مسألة الوقف))، وسيأتي^(٣) تمامه.

مطلب: الحكم الفعلي

وأما الحكم الفعلي فسيأتي في الفروع هناك^(٤) أن فعل القاضي حكم إلا في مسألتين، وحقق "ابن الغرس" أنه ليس بحكم، وأطال الكلام عليه في "البحر"^(٥) و"النهر"^(٦)، وسيأتي توضيحه هناك^(٧) إن شاء الله تعالى.

[٢٥٩٢٩] (قوله: ومحكوم به) وهو أربعة أقسام: حق الله تعالى المحض كحد الزنا أو الخمر، وحق العبد المحض، وهو ظاهر، وما فيه الحقان وغلب فيه حق الله تعالى كحد القذف أو السرقة، أو غلب فيه حق العبد كالقصاص والتعزير، "ابن الغرس". وشرطه كونه معلوماً، "بحر"^(٨) عن "البدائع"^(٩). وعن هذا فالحكم بالموجب - بفتح الجيم - لا يكفي ما لم يكن الموجب أمراً واحداً كالحكم بموجب البيع أو الطلاق أو العتاق، وهو ثبوت الملاك والحريّة وزوال العصمة، فلو أكثر: فإن استلزم أحدهما الآخر صح كالحكم على الكفيل بالدين، فإن موجب الحكم عليه به وعلى

(قوله: كالحكم على الكفيل بالدين إلخ) الأصوب ما يأتي في التمثيل بما إذا ادعى رب الدين على الكفيل بدين له على الغائب المكفول عنه وطالبه به فأنكر الدين، فثبت حكمه بموجب ذلك فالموجب أمران: لزوم الدين للغائب، ولزوم أدائه على الكفيل.

(١) ص ٥٢٣ - "در".

(٢) "البرازية": كتاب أدب القاضي - الفصل الرابع فيما يتعلق بقضائه ١٥٨/٥ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) المقولة [٢٦٤٤٧] قوله: ((أمر القاضي حكم إلخ)).

(٤) ص ٥١٩ - وما بعدها "در".

(٥) انظر "البحر": كتاب القضاء ٢٧٩/٦.

(٦) انظر "النهر": كتاب القضاء ق ٤٢٦/ب.

(٧) المقولة [٢٦٤٤٥] قوله: ((فعل القاضي حكم إلخ)).

(٨) "البحر": كتاب القضاء ٢٨١/٦.

(٩) "البدائع": كتاب الدعوى - فصل: وأما الشرائط المصححة للدعوى ٢٢٢/٦ بتصرف.

..... وَلَهُ، وَمَحْـ كَوْمٌ عَلَيْهِ،.....

الأصيل الغائب، وإلا فلا، كما لو وَقَعَ التَّنَازُعُ فِي بَيْعِ الْعَقَارِ فَحَكَمَ شَافِعِيٌّ بِمَوْجِبِهِ فَإِنَّهُ لَا يَثْبُتُ بِهِ مَنَعُ الْجَارِ عَنِ الشُّفْعَةِ، فَلِلْحَنَفِيِّ الْحُكْمُ بِهَا، وَأُطَالَ فِي بَيَانِهِ الْعَلَامَةُ "ابْنُ الْغَرَسِ"، وَسِذْكَرُهُ "الشَّارَحُ" آخِرَ الْفَصْلِ الْآتِي^(١). لَكِنَّ هَذَا فِي الْحَقِيقَةِ رَاجِعٌ إِلَى اشْتِرَاطِ الدَّعْوَى فِي الْحُكْمِ كَمَا أَشَارَ إِلَيْهِ فِي "الْبَحْرِ"^(٢)، وَيَأْتِي ذِكْرُهُ^(٣) فِي الطَّرِيقِ.

٢٩٧/٤

[٢٥٩٣٠] (قَوْلُهُ: وَلَهُ أَي: وَمَحْكُومٌ لَهُ، وَهُوَ الشَّرْعُ [ب/١٩٣/٣] كَمَا فِي حُقُوقِ الْمَخْضَةِ، أَوِ الَّتِي غَلَبَ فِيهَا حَقُّهُ، وَلَا حَاجَةَ فِي ذَلِكَ إِلَى الدَّعْوَى، بِخِلَافِ مَا تَمَحَّضَ فِيهَا حَقُّ الْعَبْدِ أَوْ غَلَبَ، وَالْعَبْدُ هُوَ الْمُدَّعِي، وَعَرَفُوهُ بِمَنْ لَا يُجْبَرُ عَلَى الْخِصُومَةِ إِذَا تَرَكَهَا، وَقِيلَ غَيْرُ ذَلِكَ. وَالشَّرْطُ فِيهِ بِالْإِجْمَاعِ حَضْرَتُهُ أَوْ حَضْرَةُ نَائِبٍ عَنْهُ كَوَكِيلٍ، أَوْ وَلِيٍّ، أَوْ وَصِيٍّ، فَالْمَحْكُومُ لَهُ الْمَحْجُورُ كَالْغَائِبِ. أَهـ مُلْخَصًا مِنْ "الْفَوَاكِهَ الْبَدْرِيَّةِ".

[٢٥٩٣١] (قَوْلُهُ: وَمَحْكُومٌ عَلَيْهِ) وَهُوَ الْعَبْدُ دَائِمًا، لَكِنَّهُ إِذَا مُتَّعِيَ وَاحِدًا أَوْ أَكْثَرَ كَجَمَاعَةٍ اشْتَرَكُوا فِي قَتْلِ فَقْضِيٍّ عَلَيْهِمْ^(٤) بِالْقِصَاصِ، أَوْ لَا كَمَا فِي الْقَضَاءِ بِالْحَرِيَّةِ الْأَصْلِيَّةِ، فَإِنَّهُ حُكْمٌ عَلَى كَافَّةِ النَّاسِ، بِخِلَافِ الْعَارِضَةِ بِالْإِعْتِقَاقِ فَإِنَّهُ جَزَائِيٌّ. وَاحْتَلَفُوا فِي الْوَقْفِ، وَالصَّحِيحُ الْمَفْتَى بِهِ أَنَّهُ لَا يَكُونُ عَمَى الْكَافَةِ، فَتُسَمَّعُ فِيهِ دَعْوَى الْمِلْكِ أَوْ وَقْفٍ آخَرَ. وَالْمَحْكُومُ عَلَيْهِ فِي حُقُوقِ الشَّرْعِ مَنْ

(قَوْلُهُ: وَلَا حَاجَةَ فِي ذَلِكَ إِلَى الدَّعْوَى (إِلخ) الْمَذْكُورُ فِي "السَّنَدِيَّ": ((أَنْ مَا فِيهِ حَقُّ الشَّرْعِ فَمِنْهُ مَا لَا يَدُّ فِيهِ مِنَ الدَّعْوَى كَحَدِّ الْقَذْفِ وَالسَّرْقَةِ، وَمِنْهُ مَا لَا يَحْتَاجُ إِلَيْهَا كَالْإِعْتِدَادِ فِي الْمَنْزِلِ الْمُضَافِ لِلْمُطْلَقَةِ سَكْنَى حَالٍ وَجُوبِ الْعِدَّةِ عَلَيْهَا عِنْدَ إِمْكَانِ ذَلِكَ)) أَهـ.

(١) ص ٤٢٤- وما بعدها "در".

(٢) "البحر": كتاب القضاء ٢٧٩/٦ - ٢٨٠.

(٣) المقولة [٢٥٩٣٣] قوله: ((وطريق)).

(٤) في "الأصل": ((عليه)).

..... وحاكم، وطريق

يُسْتَوْفَى مِنْهُ حَقُّهُ، سَوَاءٌ كَانَ مَدْعَى عَلَيْهِ أَوْ لَا كَمَا مَرَّتْ الْإِشَارَةُ إِلَيْهِ. اهـ مُلْخَصاً مِنْ "الفواكه". وسيدكرُ "المصنّف" آخِرَ الْفَصْلِ الْآتِي^(١) حكاية الخلاف في نفاذ الحكم على الغائب، ويأتي تحقيقه هناك^(٢) إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

[٢٥٩٣٢] (قوله: وحاكم) هو إمّا الإمام، أو القاضي، أو المحكم. أمّا الإمام فقال علماؤنا: حَكَمَ السُّلْطَانُ الْعَادِلُ يَنْفُذُ^(٣)، وَاخْتَلَفُوا فِي الْمَرَأَةِ فِيمَا سِوَى الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ^(٤)، وَإِطْلَاقُهُمْ يَتَنَاوَلُ أَهْلِيَّةَ الْفَاسِقِ الْجَاهِلِ^(٥)، وَفِيهِ بَحْثٌ. وَأَمَّا الْمُحْكَمُ فَشَرْطُهُ أَهْلِيَّةُ الْقَضَاءِ^(٦)، وَيَقْضِي فِيمَا سِوَى الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ^(٧)، ثُمَّ الْقَاضِي تَنْقِيذٌ وَلَا يُتَبَّعُ بِالزَّمَانِ وَالْمَكَانِ وَالْحَوَادِثِ^(٨). اهـ مُلْخَصاً مِنْ "الفواكه"، وَجَمِيعُ ذَلِكَ سِيَائِي مُفْرَقاً فِي مَوَاضِعِهِ^(٩) مَعَ بَيَانِ بَقِيَّةِ صِفَةِ الْحَاكِمِ وَشُرُوطِهِ.

[٢٥٩٣٣] (قوله: وطريق) طريق القاضي إلى الحكم يَخْتَلِفُ بِحَسَبِ اخْتِلَافِ الْمَحْكُومِ بِهِ، وَالطَّرِيقُ فِيمَا يَرْجِعُ إِلَى حُقُوقِ الْعِبَادِ الْمُحَضَّةِ عِبَارَةً عَنِ الدَّعْوَى وَالْحُجَّةِ، وَهِيَ إمَّا الْبَيِّنَةُ، أَوْ الْإِقْرَارُ، أَوْ الْيَمِينُ، أَوْ التَّكْوِيلُ عَنْهُ، أَوْ الْقَسَامَةُ، أَوْ عِلْمُ الْقَاضِي. بَمَا يَرِيدُ أَنْ يَحْكَمَ بِهِ، أَوْ الْقَرَأَتُ الْوَاضِحَةُ (قوله: سواء كان مدعى عليه أو لا) فَإِنَّ بَعْضَ حُقُوقِهِ يُشْتَرِطُ لَهُ الدَّعْوَى فَيُوجَدُ مَدْعَى عَلَيْهِ، وَبَعْضُهَا لَا فَلَا يُوجَدُ.

(قوله: وهي إمّا البيّنة، أو الإقرار، أو اليمين إلخ) لم يذكر اليمين في "الأشباه".

(١) ص٤٦٩- وما بعدها "در".

(٢) المقلوبة [٢٦٦٣١] قوله: ((وَلَا يُقْضَى عَلَى غَائِبٍ)).

(٣) المقلوبة [٢٦٠٣٣] قوله: ((وَأِنْ تَعَيَّنَ لَهُ)).

(٤) المقلوبة [٢٦٣١٤] قوله: ((وَذَكَرَ فِي "الدَّرَر" لِمَا يَنْفُذُ سِجَاحَ صَوْرٍ))، وَالْمَقُولَةُ [٢٦٥٩٥] قَوْلُهُ: ((يَرَى حَوَازَةً)).

(٥) المقلوبة [٢٦٠٤١] قوله: ((نَقَّذَهُ)).

(٦) ص٤٣٤- "در".

(٧) ص٤٣٧- وما بعدها "در".

(٨) المقلوبة [٢٦٤٢٧] قوله: ((وَيَتَخَصَّصُ بِزَمَانٍ وَمَكَانٍ وَخُصُومَةٍ)) وَ٣٧٢/٤ بُولَاق.

(٩) انظر الإحالات السابقة.

التي تُصيرُ الأمرَ في حَيَرِ المَقْطُوعِ به، فقد قالوا: لو ظَهَرَ إنسانٌ مِن دارِ يَيدِهِ سَكِينٌ وهو مُتَلَوِّثٌ بالدمِّ، سَريعُ الحَرَكةِ، عليه أثرُ الخوفِ، فَدَخَلُوا الدَّارَ على الفورِ فَوَجَدُوا فيها إنساناً مَذْبُوحاً بِذلك الوقتِ ولم يَوجدْ أحدٌ غيرَ ذلك الخارجِ فَإِنَّهُ يُؤْخَذُ به، وهو ظاهراً؛ إذ لا يَمْتَرِي أحدٌ في أَنَّهُ قَاتِلُهُ، والقولُ بأنَّه ذَبَحَهُ آخَرٌ ثُمَّ تَسَوَّرَ الحائِطَ، أو أَنَّهُ ذَبَحَ نَفْسَهُ اِحْتِمَالاً بَعِيداً لا يُلْتَفَتُ إليه؛ إذ لم يَنشَأْ عن دليلٍ. اهـ من "الفواكه" لـ "ابن العَرَس"، ثُمَّ أَطَالَ هنا في بيانِ الدَّعوى وتَعرِيفِها وشَروطِها إلى أن قال: ((ثُمَّ لا يُشْتَرَطُ في الطَّرِيقِ إلى الحُكْمِ أنْ تَكونَ بِتَمَامِها عِنْدَ القَاضِي الواحدِ، حَتَّى لو ادَّعى عِنْدَ نائِبِ القَاضِي وَبَرَهَنَ ثُمَّ رُفِعَتْ^(١) الحادِثَةُ إلى القَاضِي أو بِالعَكْسِ صَحَّ، ولَهُ أنْ يَبيِّنَ على ما وَقَعَ أوْلاً وَيَقْضِي)) اهـ. وستأتي هَذه مَتْنٌ^(٢)، ثُمَّ قال في الفَصلِ السَّابِعِ: ((وقد اتَّفَقَ أَئمَّةُ الحَنَفِيَّةِ والشَّافِعِيَّةِ على أَنَّهُ يُشْتَرَطُ لَصَحَّةِ الحُكْمِ واعتبارُهُ في حُقوقِ العِبَادِ الدَّعوى الصَّحِيحةَ، وَأَنَّهُ لا بدُّ في ذلك مِنَ الخُصُومَةِ الشَّرْعِيَّةِ، وإذا كانَ القَاضِي يَعْلَمُ أنَّهُ باطِنُ الأمرِ لَيس كظاهِرِهِ، وَأَنَّهُ لا تَخَاصُمَ ولا تَنازَعَ في نَفْسِ الأمرِ بَيْنَ المَتَداعِيَيْنِ لَيس لَهُ سَماعُ هَذه الدَّعوى، ولا يُعْتَبَرُ القَضاءُ المَرتَبُ عليها، ولا يَصِحُّ الاحْتِمالُ لِحُصولِ القَضاءِ بِمِثْلِ ذلك، وَأَمَّا إذا لَمْ يَعمَ عَذرٌ ونَفَذَ قَضائُهُ. ولَعَمري هَذا شَيءٌ عَمَّتْ بِهِ البُلُوى، وَبَلَغَتْ شَهرَةً اعتبارُهُ الغايَةَ القُصوى)) اهـ مُلَخَّصاً، ونَقَلَهُ "المُصَنِّفُ" في "المنح"^(٣) بِتَمَامِهِ وَأَمَرَهُ، فَراجِعُهُ، وكذا جَرَمَ بِهِ في فتاواهُ^(٤).

(تَنْبِيْهٌ)

بَقِيَ طَرِيقُ ثُبُوتِ الحُكْمِ، أي: بَعْدَ وَقوعِهِ، وَعَلِيهِ اقْتَصَرَ في "البحر"^(٥) فَقَالَ: ((لَهُ وَجْهانِ أَحَدُهُما: اعْتِرافُهُ حَيْثُ كانَ موْلًى، فَلَوْ [١/١٩؛ ٣/٢] مَعزولاً فَكَوَأَحَدٍ مِنَ الرِّعايا لا يَقْبَلُ قَوْلُهُ إِلَّا فِيمَا في يَدِهِ. الثَّانِي: الشَّهادَةُ على حُكْمِهِ بَعْدَ دَعوى صَحِيحةٍ إِنْ لَمْ يَكُنْ مُنْكَراً،

(١) في "الأصل" و"ك" و"ب" و"م": ((وَقَعَتْ)).

(٢) ٤١٣- وما بَعْدُها "ذر".

(٣) "المنح": كَتابُ القَضاءِ ٢/٥٢ ب.

(٤) "فتاوى المُصَنِّف": فَصلٌ مِنَ كَتابِ القَضاءِ ٥٧/أ.

(٥) "البحر": كَتابُ القَضاءِ ٢٨١/٦ بِاخْتِصارٍ.

(وأهله أهل الشهادة) أي: أداؤها على المسلمين، كذا في "الحواشي السعدية"^(١).....

أما لو شهد أنه قضى بكذا، وقال: لم أقض لا تُقبل شهادتهما خلافاً لـ "محمد"، ورجح في "جامع الفصولين"^(٢) قول "محمد"؛ لفساد قضاء الزمان)) اهـ. وسيأتي^(٣) تمام الكلام عند قول "المصنف": ((ولم يعمل بقول معزول))، وقد ذكر في "البحر"^(٤) فروعاً كثيرة في أحكام القضاء يلزم الوقوف عليها.

(٢٥٩٣٤) (قوله: وأهله^(٥) أهل الشهادة) ((أهل)) الأول خير مقدم، والثاني مبتدأ مؤخر؛ لأن الجملة الخبرية يحكم فيها بمجهول على معلوم، فإذا علم ((زيد)) وجُهل قيامه نقول: زيد القائم، وإذا علم ((قائم^(٦))) وجُهل أنه زيد نقول: القائم زيد، ولذا قالوا: لما كان أوصاف الشهادة أشهر عند الناس عرفت أوصافه بأوصافها. ثم الضمير في ((أهله)) راجع إلى القضاء بمعنى من يصح منه، أو بمعنى من تصح توليته كما في "البحر"^(٧).

وحاصله: أن شروط الشهادة من الإسلام، والعقل، والبلوغ، والحرية، وعدم العمى، والحد في قذف شروط لصحة توليته ولصحة حكمه بعدها. ومقتضاه أن تقليد الكافر لا يصح وإن أسلم، قال في "البحر"^(٨): ((وفي "الواقعات الحسامية": الفتوى على أنه لا ينجز بالردة، فإن الكفر لا ينافي ابتداء القضاء في إحدى الروايتين، حتى لو قلد الكافر ثم أسلم هل يحتاج إلى تقليد آخر؟ فيه روايتان)) اهـ. قال في "البحر"^(٩): ((وبه علم أن تقليد الكافر صحيح وإن لم يصح قضاؤه على المسلم حال كفره)) اهـ.

٢٩٨/٤

(١) "الحواشي السعدية": كتاب أدب القاضي ٣٥٧/٦ (هامش "فتح القدير").

(٢) "جامع الفصولين": الفصل الأول في القضاء وما يتصل به من عزل قاضي أو وصي الخ ١٩/١.

(٣) ص ٣٢٧ - "در".

(٤) انظر "البحر": كتاب القضاء ٢٨١/٦ وما بعدها.

(٥) في "الأصل" و"ك" و"ت": ((أهله)) دون واو.

(٦) ((قائم)) ساقطة من "ب" و"م".

(٧) "البحر": كتاب القضاء ٢٨٣/٦.

(٨) "البحر": كتاب القضاء ٢٨٢/٦.

(٩) "البحر": كتاب القضاء ٢٨٣/٦.

وَيُرَدُّ عَلَيْهِ أَنَّ الْكَافِرَ يَجُوزُ تَقْلِيدُهُ الْقَضَاءَ.....

وهذا ترجيحٌ لرواية صححة التولية أخصاً من كون الفتوى على أنه لا ينزعُ بالردة خلافاً لما مشى عليه "المصنف" في باب التحكيم^(١) من رواية عَدَمِ الصَّحَّةِ. وفي "الفتح"^(٢): ((قَدْ عُدَّ فَعْتَقَ حَارَ قِضَاؤُهُ بِنَتْلِكَ الْوَلَايَةِ بِلَا حَاجَةٍ إِلَى تَجْدِيدِهِ بِخِلَافِ تَوَلِيَةِ صَبِيٍّ فَأَدْرَكَ، وَلَوْ قُدَّ كَافِرٌ فَأَسْلَمَ قَالَ "مُحَمَّدٌ": هُوَ عَلَى قِضَائِهِ، فَصَارَ الْكَافِرُ كَالْعَبْدِ، وَالْفَرْقُ أَنَّ كِلَا مَنُهَا لَهُ وَلَايَةٌ وَبِهِ مَانِعٌ، وَبِالْعَتَقِ وَالْإِسْلَامِ يَرْتَفَعُ، أَمَّا الصَّبِيُّ فَلَا وَلَايَةَ لَهُ أَصْلًا، وَمَا فِي "الْفُصُولِ"^(٣): - لَوْ قَالَ لَصَبِيٍّ أَوْ كَافِرٍ: إِذَا أَدْرَكَتْ فَصْلٌ بِالنَّاسِ أَوْ اقْضَى بَيْنَهُمْ حَارَ - لَا يُخَالِفُ مَا ذُكِرَ فِي الصَّبِيِّ؛ لِأَنَّ هَذَا تَعْلِيلُ الْوَلَايَةِ، وَالْمَعْلُوقُ مَعْدُومٌ قَبْلَ الشَّرْطِ، وَمَا تَقَدَّمَ تَنْحِيلُ)) اهـ. وبه ظهر أن الأولي كون المراد في مرجع الضمير من يصح منه القضاء، لا من تصح توليته، إلا أن يراد بها الكاملة وهي النافذة الحكم، وأما تولية الأطروش فسيذكرها "الشارح"^(٤).

(قوله: ٢٥٩٣٥) (قوله: وَيُرَدُّ عَلَيْهِ (الخ) أي: على ما في "الحواشي" من تقييده بالمسلمين، فكان عليه إسقاطه ليكون المراد أدائها على من يقضى عليه فيدخل الكافر، لكن التفسير بالأداء احتراز عن التحمل؛ لأنه يصح تحملها حالة الكفر والرق لا أدائها فينا في ذلك. والتحقيق أن يقال - كما يُعلم مما قدمناه^(٥) - : إن كان المراد مرجع الضمير من تصح توليته

(قوله: وهذا ترجيحٌ لرواية صححة التولية (الخ) ما ذكره لا يصلح مرجحاً لرواية الصححة، فإنه لا يلزم من تصحيح رواية عَدَمِ عَزْلِهِ بِالرَّدَّةِ تصحيح رواية صححة توليته؛ إذ يُعْتَفَرُ فِي الْبَقَاءِ مَا لَا يُعْتَفَرُ فِي الْإِبْتِدَاءِ. (قوله: لكن التفسير بالأداء احتراز عن التحمل (الخ) لا يخفى أن التعبير بالأداء وإن كان احترازاً عن التحمل ليس فيه منافاة لكون المراد أدائها على من يقضى عليه، فلا يتم ما قاله من الاستدراك. (قوله: إن كان المراد مرجع الضمير من تصح توليته (الخ) في التعبير هنا وفيما سبق مسامحة، فإن من تصح توليته أو من يصح منه القضاء إنما هو المراد بالأهل المضاف إلى ضمير القضاء بأحد المعنيين المذكورين.

(١) ص ٥٣ - "در".

(٢) "الفتح": كتاب أدب القاضي ٣٥٧/٦ باختصار.

(٣) انظر "جامع الفصولين": الفصل الأول في القضاء وما يتصل به إلخ ١٥/١ بتصرف.

(٤) ص ٢٧٤ - وما بعدها "در".

(٥) في المقالة السابقة.

لِيَحْكُمَ بَيْنَ أَهْلِ الذِّمَّةِ، ذَكَرَهُ "الزَّيْلَعِيُّ"^(١) فِي التَّحْكِيمِ.

يَكُونُ الْمُرَادُ بِالشَّهَادَةِ تَحْمِلُهَا، فَيَدْخُلُ فِيهِ الْعَبْدُ وَالْكَافِرُ، نَعَمْ يَخْرُجُ عَنْهُ الصَّبِيُّ لِعَدَمِ وِلَايَتِهِ أَصْلًا، وَإِنْ كَانَ الْمُرَادُ مَنْ يَصِيحُّ مِنْهُ الْقَضَاءُ يَكُونُ الْمُرَادُ بِالشَّهَادَةِ آدَاءُهَا فَقَطْ، فَيَدْخُلُ فِيهِ الْكَافِرُ الْمُؤَلَّى عَلَى أَهْلِ الذِّمَّةِ، فَإِنَّهُ يَصِيحُّ قَضَاؤَهُ عَلَيْهِمْ حَالًا، وَكَوْنُهُ قَاضِيًا خَاصًّا لَا يَضُرُّ كَمَا لَا يَضُرُّ تَخْصِيصُ قَاضِيِ الْمُسْلِمِينَ بِجَمَاعَةٍ مُعَيَّنَةٍ؛ لِأَنَّ الْمُرَادَ مَنْ يَصِيحُّ قَضَاؤَهُ فِي الْجُمْلَةِ. وَعَلَى كُلِّ فَالَوَاجِبُ إِسْقَاطُ ذَلِكَ الْقَيْدِ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ مُرَادُهُ تَعْرِيفَ الْقَاضِيِ الْكَامِلِ.

[٢٥٩٣٦] (قَوْلُهُ: لِيَحْكُمَ بَيْنَ أَهْلِ الذِّمَّةِ) أَي: حَالُ كَفَرِهِ، وَإِلَّا فَقَدْ عُلِمَتْ أَنَّ الْكَافِرَ يَصِيحُّ تَوَلِيَّتَهُ مُطْلَقًا، لَكِنْ لَا يَحْكُمُ إِلَّا إِذَا أَسْلَمَ.

مَطْلَبٌ فِي حُكْمِ الْقَاضِيِ الدُّرْزِيِّ وَالنَّصْرَانِيِّ

(تَنْبِيْهُ)

ظَهَرَ مِنْ كَلَامِهِمْ حُكْمُ الْقَاضِيِ الْمَنْصُوبِ فِي بِلَادِ الدُّرُوزِ فِي الْقَطْرِ الشَّامِيِّ، وَيَكُونُ دُرْزِيًّا وَيَكُونُ نَصْرَانِيًّا، فَكُلُّ مِنْهُمَا لَا يَصِيحُّ حُكْمَهُ عَلَى الْمُسْلِمِينَ، فَإِنَّ الدُّرْزِيَّ لَا مِلَّةَ لَهُ كَالنَّسَافِيِّ [١٩٤٣/٢] وَالزَّنْدِيْقِيَّ وَإِنْ سَمَّى نَفْسَهُ مُسْلِمًا، وَقَدْ أَفْتَى فِي "الْخَيْرِيَّةِ"^(٢): ((بَأَنَّهُ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ عَلَى الْمُسْلِمِ))، وَالظَّاهِرُ: أَنَّهُ يَصِيحُّ حُكْمَ الدُّرْزِيِّ عَلَى النَّصْرَانِيِّ وَبِالْعَكْسِ، تَأْمَلْ. وَهَذَا كُلُّهُ بَعْدَ كَوْنِهِ مَنْصُوبًا مِنْ طَرَفِ السُّلْطَانِ أَوْ مَأْمُورِهِ بِذَلِكَ، وَإِلَّا فَالْوَاقِعُ أَنَّهُ يَنْصِبُهُ أَمِيرُ تِلْكَ النَّاحِيَةِ، وَلَا أَدْرِي أَنَّهُ مَأْذُونٌ لَهُ بِذَلِكَ أَمْ لَا؟! وَلَا حَوْلَ وَلَا قُوَّةَ إِلَّا بِاللَّهِ الْعَلِيِّ الْعَظِيمِ. لَكِنْ حَرَتْ الْعَادَةُ أَنَّ أَمِيرَ صَيْدَا يُؤَلِّي الْقَضَاءَ فِي تِلْكَ الثُّغُورِ وَبِالْبَلَادِ، بِخِلَافِ دِمَشْقَ وَنَحْوِهَا، فَإِنَّ أَمِيرَهَا لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ فِيهَا، بِدَلِيلِ أَنَّ لَهَا قَاضِيًّا فِي كُلِّ سَنَةٍ يَأْتِي مِنْ طَرَفِ السُّلْطَانِ. ثُمَّ رَأَيْتُ فِي "الْفَتْحِ"^(٣) قَالَ: ((وَالَّذِي لَهُ وِلَايَةُ التَّقْلِيدِ الْخَلِيفَةُ وَالسُّلْطَانُ الَّذِي نَصَبَ الْخَلِيفَةَ وَأَطْلَقَ لَهُ التَّصْرُفَ،

(١) "تبيين الحقائق": كتاب القضاء - باب التحكيم ١٩٣/٤.

(٢) "الفتاوى الخيرية": كتاب الشهادات ٢٥/٢.

(٣) "الفتح": كتاب أدب القاضي ٣٦١/٦.

(وشرط أهليتها شرط أهليته) فإنَّ كلاً منهما من باب الولاية، والشَّهادة أقوى؛ لأنها مُلزِمةٌ على القاضي، والقضاء مُلزِمٌ على الخصم، فلذا قيل: حُكْمُ الْقَضَاءِ ^(١) يُسْتَقَى مِنْ حُكْمِ الشَّهَادَةِ، "ابن كمال". (والفاسق أهلها فيكون أهله،.....)

وكذا الذي ولَّاهُ السُّلْطَانُ نَاحِيَةً وجعلَ له خَراجَها وأطلقَ له التَّصَرُّفَ، فإنَّ له أنْ يُؤلِّيَ ويَعزِلَ، كذا قالوا، ولا بدَّ من أنْ لا يُصرَّحَ له بالمنع، أو يَعْلَمَ ذلك بعَرَفِهِمْ، فإنَّ نائِبَ الشَّامِ وحلبَ في ديارنا يُطلقُ لَهُمُ التَّصَرُّفُ في الرِّعْيَةِ والخِراجِ، ولا يُؤلُّونَ القضاةَ ولا يعزِلُونُ)) اهـ. والله سبحانه أعلم.

[٢٥٩٣٧] (قوله: وشرط أهليتها إلخ) تكرارٌ مع قوله: ((وأهلُ أهلِ الشَّهادة)). اهـ
 "ح" ^(٢): "وَالظَّاهِرُ: أَنَّ "الْمُصَنَّفَ" ذَكَرَ الْجُمْلَةَ الْأُولَى تَبَعاً لـ "الْكُتْر" ^(٣) وَغَيْرِهِ، ثُمَّ ذَكَرَ الثَّانِيَةَ تَبَعاً لـ "الْفَرَر" ^(٤) تَوْضِيحاً وَشَرْحاً لِلأُولَى، وَأَمَّا الْجَوَابُ بِأَنَّهُ ذَكَرَهَا لِيَرْتَبَ عَلَيْهَا قَوْلُهُ: ((وَالْفَاسِقُ أَهْلُهَا)) فَغَيْرُ مُفِيدٍ، فَافْهَمْ.

[٢٥٩٣٨] (قوله: فلذا قيل إلخ) عِلَّةٌ لِلْعِلَّةِ.

[٢٥٩٣٩] (قوله: والفاسق أهلها) سيأتي ^(٥) بيانُ ^(٦) الفسقِ ^(٧)، والعَدَالَةِ في الشَّهادَاتِ، وَأَفْصَحَ بِهَذِهِ الْجُمْلَةِ دَفْعاً لَتَوَهُّمٍ مَن قَالَ: إِنَّ الْفَاسِقَ لَيْسَ بِأَهْلٍ لِلْقَضَاءِ فَلَا يَصِحُّ قضاؤه؛ لِأَنَّهُ لَا يُؤْمَنُ

(قوله: عِلَّةٌ لِلْعِلَّةِ) فِيهِ نَظَرٌ، بَلْ هَذَا أَفَادَةُ حُكْمٍ آخَرَ مَأْخُودٌ مِنَ الْعِلَّةِ الْمَذْكُورَةِ، تَأْمَلْ.

(١) في "و": ((القضاء)).

(٢) "ح": كتاب القضاء ق ٣٠٧/١.

(٣) انظر "شرح العيني على الكنز": كتاب القضاء ٨٢/٢.

(٤) "الدرر والغرر": كتاب القضاء ٤٠٤/٢.

(٥) انظر "الدرر" عند المقولة [٢٦٨١٧] قوله: ((العَدْلُ)).

(٦) في "الأصل": ((سيأتي في بيان)).

(٧) في "ك": ((الفاسق)).

لكنه لا يُقْلَدُ وجوباً، ويأثم مُقلِّدُه كقابِلِ شهادته،

عليه لفسيقه، وهو قولُ الثلاثة^(١)، واختارهُ "الطحاوي"^(٢). قال "العيني"^(٣): ((وينبغي أن يُفتى به خصوصاً في هذا الزمان)) اهـ.

أقول: لو اعتبرَ هذا لانسَدَّ بابُ القضاءِ خصوصاً في زماننا، فلذا كان ما جرى عليه "المصنّف" هو الأصحُّ كما في "الخلاصة"^(٤)، وهو أصحُّ الأقاويل كما في "العماديّة"، "نهر"^(٥). وفي "الفتح"^(٦): ((والوجهُ تنفيذُ قضاءِ كلِّ مَنْ ولّاهُ سلطانٌ ذو شوكةٍ وإن كان جاهلاً فاسقاً، وهو ظاهرُ المذهبِ عندنا، وحينئذٍ فيحكمُ بفتوى غيره)) اهـ.

[٢٥٩٤٠] (قوله: لكنه لا يُقْلَدُ وجوباً إلخ) قال في "البحر"^(٧): ((وفي غيرِ موضعٍ ذَكَرَ الأوَلَوِيَّةَ، يعني: الأولى أن لا تُقبَلَ شهادته، وإن قَبِلَ حَازَ، وفي "الفتح"^(٨): ومقتضى الدليل أن لا يحلَّ أن يقضيَ بها، فإن قضى حَازَ ونَفَذَ اهـ. ومقتضاهُ الإثمُ، وظاهرُ قوله تعالى ﴿إِنْ جَاءَكَ فَاقِبُ أَيُّ يَتَيْفَتَيْنِ﴾ [الحجرات: ٦] أنه لا يحلُّ قبولُها قبلَ تعرُّفِ حالِها، وقولُهم بوجوبِ السؤالِ عن الشاهدِ سرّاً وعَلَانِيَةً طَعَنَ الخصمُ أو لا في سائرِ الحقوقِ على قولِهما المفتى به يقتضي الإثمَ بتركه؛ لأنَّه للتعرُّفِ عن حالِها، حتَّى لا يُقبَلَ الفاسقُ، وصرَّحَ "ابنُ الكمال"^(٩) بأنَّ مَنْ قَلَّدَ فاسقاً يَأْثُمُ، وإذا قَبِلَ القاضي شهادتهُ يَأْثُمُ)) اهـ.

(١) انظر "مواهب الجليل": باب القضاء ٨٧/٦، و"نهاية المحتاج": كتاب القضاء ٢٣٨/٨، و"المغني": كتاب القضاء - شروط القاضي ٥٠٢/١٣.

(٢) لم نقف عليه فيما بين أيدينا من مصنفات الإمام "الطحاوي".

(٣) "مر الحقائق": كتاب القضاء ٨٢/٢.

(٤) "الخلاصة": كتاب القضاء - الفصل الأول - الجنس الثاني في المقلد ق ١/٩٤.

(٥) "النهر": كتاب القضاء ق ٤٢٧/١.

(٦) "الفتح": كتاب أدب القاضي ٣٥٧/٦ - ٣٥٨.

(٧) "البحر": كتاب القضاء ٢٨٣/٦ - ٢٨٤ بتصرف.

(٨) "الفتح": كتاب أدب القاضي ٣٥٨/٦.

(٩) في "إصلاح الإيضاح"، كما في "البحر".

به يفتى، وقِيْدُهُ في "القاعدية"^(١) بما إذا غلبَ على ظَنِّهِ صِدْقُهُ، فليُحْفَظْ، "درر".

[٢٥٩٤١] (قوله: به يفتى) راجعٌ لِمَا في "المتن"، فقد عَلِمْتَ التصريحَ بتصحيحِهِ وبأنَّه ظاهرُ المذهبِ، وأما كونُ عَدَمِ تقليدِهِ واجباً ففيهِ كلامٌ كما عَلِمْتَ، فافهم.

[٢٥٩٤٢] (قوله: وقِيْدُهُ) أي: قَبَدَ قَبُولَ شهادةِ الفاسقِ المفهومِ من ((قَابِلٍ)). اهـ "ح" ^(٢)، وعبارةُ "الدرر" ^(٣): ((حتَّى لو قَبِلَهَا القاضي وحكَمَ بها كان آثِماً لَكِنَّه ينفِذُ، وفي "الفتاوى القاعدية": هذا إذا غلبَ على ظَنِّهِ صِدْقُهُ، وهو مِمَّا يُحْفَظُ)) اهـ.

قلتُ: والظاهرُ أَنَّهُ لا يَأْتُمُّ أيضاً؛ لحصولِ التَّيَيُّنِ المأمورِ به في النصِّ، تأمَّل. قال "ط" ^(٤): ((فإنَّ لم يغلبْ على ظَنِّ القاضي صِدْقُهُ بأنَّ غلبَ كذِبُهُ عنده أو تساوى فلا يقبلُها، أي: لا يصحُّ قَبُولُها أصلاً، هذا ما يُعطيه المقامُ)) اهـ.

(قوله: وأما كونُ عَدَمِ تقليدِهِ واجباً ففيهِ كلامٌ كما عَلِمْتَ) المتعينُ رجوعُهُ لِمَا في "الشارح" أيضاً، فإنه وَقَعَ في كلِّ الاختلافِ، وذلك أنَّ الفاسقَ لا يصحُّ أنْ يَكُونَ قاضياً، والمفتى به الصَّحَّةُ مع الإثمِ في التقليدِ، وشهادتهُ الأولى عَدَمُ قَبُولِها، وإن قُبِلَتْ كان فيه خلافٌ الأولى لا الإثمِ، والمفتى به وجوبُ عَدَمِ قَبُولِها، فإذا قُبِلَتْ صحَّ مع الإثمِ، وحينئذٍ يَكُونُ قصْدُ "الشارح" بقوله: ((وبه يفتى)) أَنَّهُ لا يُلْتَفَتُ إلى القولِ بعَدَمِ أهليَّةِهِ للقضاءِ، ولا إلى القولِ بأنَّ قَبُولَ شهادتهِ خلافٌ الأولى، ولا معنى لقولِ المحشِّي: ((وأما كونُ إلخ))، تأمَّل.

(قوله: قلتُ: والظاهرُ أَنَّهُ لا يَأْتُمُّ أيضاً إلخ) على ما قاله لا معنى لقولِ أئمَّةِ المذهبِ: إذا قَبِلَ القاضي شهادةَ الفاسقِ صحَّ وأثمُّ، فإنه على هذا التقييدِ يَجِبُ قَبُولُها فلا إثمَ، وإذا لم يُوجَدِ القيدُ لا يصحُّ أصلاً، ولم تُوجَدِ صورةُ يصحُّ القَبُولُ مع الإثمِ حتَّى يُحمَلَ كلامُهم عليها. وأيضاً لا يصحُّ نسبةُ الاستثناءِ لـ "أبي يوسف" فقط بل هو مُتَّفَقٌ عليه، ويَكُونُ اللائقُ استثناءً ما إذا غلبَ على الظَّنِّ الصِّدْقُ، لا خصوصُ هذه المسألةِ، فلم يظهرْ ما قاله المحشِّي، تأمَّل.

(١) في هامش "د": ((أي: في فتاوى الإمام القاعدي)). نقول: وتقدمت ترجمتها ٢٩٣/٨.

(٢) "ح": كتاب القضاء ٣٠٧/أ.

(٣) "الدرر والغرر": كتاب القضاء ٤٠٤/٢.

(٤) "ط": كتاب القضاء ١٧٤/٣.

واستثنى "الثاني" الفاسق ذا الجاؤ والمروعة، فإنه يجب قبول شهادته، "بإزاية"^(١). قال في "النهر"^(٢): ((وعليه فلا يأنم أيضاً بتوليته القضاء حيث كان كذلك، إلا أن يفرق بينهما)) انتهى. قلت: سيحيء تضعيفه، فراجعهُ.....

[٢٥٩٤٣] (قوله: واستثنى "الثاني") أي: "أبو يوسف" من الفاسق الذي يأنم القاضي بقبول شهادته. والظاهر: أن هذا مما يغلب على ظن القاضي صدقه، فيكون ١/١٩٥ق/٣ داخلاً تحت كلام "القاعدة"، فلا حاجة إلى استثنائه على ما استظهرناه آنفاً^(٣)، تأمل. [٢٥٩٤٤] (قوله: سيحيء تضعيفه) أي: في الشهادات، حيث قال^(٤): ((وما في "القنية" و"المحشي"

ثم إن هذا التقييد المنقول عن "القاعدة" غير مختص بالفاسق، بل كذلك العدل إنما يقبل القاضي شهادته إذا غلب عنده صدقه كما صرح به "الزليعي" في باب الرجوع عن الشهادة - عند قوله: ((فإن رجعا قبل حكمه إلخ)) - حيث قال: ((القاضي إنما يقضي بشهادتهما إذا ثبت عدالتهما عنده وغلب على ظنه أنهما صادقان)) اهـ. وذكر المحشي فيما يأتي عند قول "المصنف": ((ونفذ القضاء بشهادة الزور إلخ)) أنه لو علم القاضي بكذب الشهود لا ينفذ قضاؤه ظاهراً ولا باطناً؛ لعدم شرط القضاء، وهو الشهادة الصادقة في زعم القاضي، تأمل، إلا أن يقال: إنه متى كان الشاهد عدلاً يغلب على ظن القاضي صدقه، ويدل لذلك ما في "شرح الاختيار" أول الشهادات: ((أن الحاكم يحكم بقول الشاهد وينفذه في حق الغير، فيجب أن يكون قوله يغلب على ظن القاضي الصدق، ولا يكون ذلك إلا بالعدالة)) اهـ.

(قول "الشارح": إلا أن يفرق بينهما) الفرق بين القضاء والشهادة واضح، وذلك أن الفاسق المذكور يتحاشى عن الكذب فقط ولا يتحاشى عن أنواع المعاصي فتقبل شهادته؛ لأنها مجرد إخبار لا يظن الكذب فيه، ولا يؤلى القضاء؛ لأنه ليس خاصاً بالإخبارات خوفاً من جوره، تأمل.

(١) "البرازية": كتاب الشهادات - المجلس الثاني فيما يقبل وما لا يقبل ٢٥٠/د بصرف (هامش "الفاوى الهندية").

(٢) "النهر": كتاب القضاء ٤٢٧/أ.

(٣) في المقالة السابقة.

(٤) انظر "الدر" عند المقالة [٢٦٨٢٠] قوله: (("بحر")).

وفي "معروضات" المفتي "أبي السُّعُود": ((لَمَّا وَقَعَ التَّساوِي فِي قَضَاةِ زَمَانِنَا فِي وُجُودِ الْعَدَالَةِ ظَاهِرًا وَرَدَ الْأَمْرُ بِتَقْدِيمِ الْأَفْضَلِ فِي الْعِلْمِ، وَالِدِّيَانَةِ، وَالْعَدَالَةِ)). (وَالْعَدُوُّ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ عَلَى عَدُوِّهِ إِذَا كَانَتْ دُنْيَوِيَّةً).....

من قَبُولِ ذِي الْمَرْوَةِ الصَّادِقِ فَقَوْلُ "الثَّانِي"، وَضَعَهُ "الْكَمَالُ" بِأَنَّهُ تَعْلِيلٌ فِي مُقَابَلَةِ النَّصِّ فَلَا يُقْبَلُ، وَأَقْرَهُ "الْمُصَنَّفُ" (أهـ).

قلتُ: قدَّمنا^(١) آنفاً عن "البحر" أنَّ ظَاهَرَ النَّصِّ أَنَّهُ لَا يَجِلُّ قَبُولُ شَهَادَةِ الْفَاسِقِ قَبْلَ تَعْرِفِ حَالِهِ، فَإِذَا ظَهَرَ لِلْقَاضِي مِنْ حَالِهِ الصِّدْقُ وَقَبْلَهُ يَكُونُ مُوَافِقاً لِلنَّصِّ، إِلَّا أَنْ يُرِيدَ بِالنَّصِّ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِمَّنْكُمْ﴾ [الطَّلَاق: ٢]، لَكِنْ فِيهِ أَنَّ دَلَالَتَهُ عَلَى عَدَمِ قَبُولِ [غَيْرِ]^(٢) الْعَدْلِ إِنَّمَا هِيَ بِالْمَفْهُومِ، وَهُوَ غَيْرُ مُعْتَبَرٍ عِنْدَنَا وَلَا سَيِّمًا هُوَ مَفْهُومُ لَقَبٍ، مَعَ أَنَّ الْآيَةَ الْأُولَى تَدُلُّ عَلَى قَبُولِ قَوْلِهِ عِنْدَ التَّيِّبِينَ عَنْ حَالِهِ كَمَا قُلْنَا، تَأَمَّلْ.

[٢٥٩٤٥] (قَوْلُهُ: وَفِي "مَعْرُوضَاتِ" الْمَفْتِي "أَبِي السُّعُودِ") أَيْ: الْمَسَائِلِ الَّتِي عَرَضَهَا عَلَى سُلْطَانِ زَمَانِهِ فَأَمَرَ بِالْعَمَلِ بِهَا.

[٢٥٩٤٦] (قَوْلُهُ: فِي وُجُودِ الْعَدَالَةِ) هَذَا كَانَ فِي زَمَنِهِ، وَقَدْ وَجَدَ التَّساوِي فِي عَدَمِهَا الْآنَ، فَلْيَنْظُرْ مَنْ يُقَدِّمُ، "ط"^(٣).

[٢٥٩٤٧] (قَوْلُهُ: إِذَا كَانَتْ دُنْيَوِيَّةً) سَيَذْكُرُ^(٤) تَفْسِيرَهَا عَنْ "شَرْحِ الشُّرْثَالِي"، وَاحْتَرَزَ

(قَوْلُهُ: أَنَّ دَلَالَتَهُ عَلَى عَدَمِ قَبُولِ الْعَدْلِ الْخ) حَقُّهُ: غَيْرِ الْعَدْلِ.

(١) المَقُولَةُ [٢٥٩٤٠] قَوْلُهُ: ((لَكِنَّهُ لَا يُقْلَدُ وَجوباً إلخ))

(٢) فِي النِّسْخِ جَمِيعُهَا: ((عَلَى عَدَمِ قَبُولِ الْعَدْلِ))، وَمَا أَثْبَتَاهُ بَيْنَ مُنْكَسِرِينَ لِتَصْحِيحِ الْعِبَارَةِ، وَقَدْ بُهِ عَلَى ذَلِكَ مُصَحِّحَا

"ب" وَ"م"، وَانْظُرْ "تَقْرِيرَاتِ الرَّافِعِيِّ" رَحِمَهُ اللَّهُ.

(٣) "ط": كِتَابُ الْقَضَاءِ ١٧٤/٣.

(٤) ص ٢٧٠ - "دَرْ".

ولو قضى القاضي بها لا ينفذ، ذكره "يعقوب باشا"، (فلا يصح قضاؤه عليه)؛ لما تقرر أن أهله أهل الشهادة.

بـ ((الدنيوية)) عن الدنيية، فإن من عادى غيره لارتكابه ما لا يحل لا يتهم بأنه يشهد عليه بزور، بخلاف المعادة الدنيوية، وعن هذا قيلت شهادة المسلم على الكافر وإن كان عدو من حيث الديانة، وكذا شهادة اليهودي على النصراني.

(٢٥٩٤٨) (قوله: ولو قضى القاضي بها لا ينفذ) دفع به ما يتوهم أنها مثل شهادة الفاسق، فإنه تقدم^(١) أنه يصح قبولها وإن أتم القاضي، فشهادة العدو ليست كذلك، بل هي كما لو قبل شهادة العبد والصبي.

(٢٥٩٤٩) (قوله: ذكره "يعقوب باشا") أي: في "حاشيته" على "صدر الشريعة"، وقال في "الخيرية"^(٢): ((والسألة دارة في الكتب)).

مطلب في قضاء العدو على عدوه

(٢٥٩٥٠) (قوله: فلا يصح قضاؤه عليه) أي: إذا كانت شهادة العدو على عدوه لا تقبل، ولو قضى بها القاضي لا ينفذ يتفرع عليه أن القاضي لو قضى على عدوه لا يصح؛ لما تقرر إلخ. وبه سقط ما قيل: إن ما ذكره عن "اليقويّة" مكرر مع هذا، فافهم.

(تنبيه)

إذا لم يصح قضاؤه عليه فالخلص إنابة غيره إذا كان مأذوناً بالاستنابة، وسيأتي^(٣) أنه يستنبط إذا وقعت له أو لولده حادثة.

(١) ص ٢٦٠ وما بعدها "در".

(٢) "الفتاوى الخيرية": كتاب الشهادات ٣٥/٢، وعبارتها: ((والسألة واردة في الكتب)).

(٣) ص ٨٣ هـ "در".

قال "المصنف" ^(١): ((وبه أفتى مفتي مصر شيخ الإسلام "أمين الدين بن عبد العال" ^(٢)))، قال: ((وكذا سيجلُ العدو لا يُقبلُ على عدوِّه))، ثم نقل عن "شرح الوهبانية": ((أنَّه لم يرَ نقلها عندنا))، وينبغي النَّفاذُ ^(٣) لو القاضي عدلاً،.....

[٢٥٩٥١] (قوله: قال أي: "المصنف" في "المنح" ^(٤))، ونصه: ((ورأيت موضع ثقة معزواً إلى بعض الفتاوى - وأظنُّ أنها "الفتاوى الكبرى" لـ "الخاصي" ^(٥) - أنَّ سيجلُ العدو لا يُقبلُ على عدوِّه كما لا يُقبلُ شهادته عليه)) اهـ. فافهم. والظاهر: أنَّ المراد بالسَّجل كما قال "ط" ^(٦): ((كتاب القاضي إلى قاضي في حادثة على عدوٍّ للقاضي))، وهو ما يأتي ^(٧) عن "الناصحي". [٢٥٩٥٢] (قوله: ثمَّ نقلَ) أي: "المصنف" ^(٨).

[٢٥٩٥٣] (قوله: أنَّه لم يرَ نقلها) أي: نقلُ مسألة قضاء القاضي على عدوِّه، وهذا الكلام ذكره "عبد البر بن الشَّحنة" في "شرح الوهبانية" ^(٩) عن "ابن وهبان"، فينبغي أن يكون قوله: ((لم يرَ نقلها)) مبنياً للمجهول.

[٢٥٩٥٤] (قوله: وينبغي النَّفاذُ) أي: مُطلقاً، سواء كان بعلمه ^(١٠) أو بشهادة عدلين. وهذا البحث لـ "شارح الوهبانية" ^(١١) خالف فيه بحث "ابن وهبان" الآتي ^(١٢)، وذكره عقبه بقوله ^(١٣): ((قلت: بل ينبغي النَّفاذُ مُطلقاً لو القاضي عدلاً)).

(١) قوله: ((المصنف)) ليس فيه "ب" و"ط".

(٢) تقدمت ترجمته ٤٨/١٣.

(٣) في "ط": ((النفاذ)) بالتاء المثناة، وهو خطأ.

(٤) "المنح": كتاب القضاء ٢/٥٢ق/ب.

(٥) هي ترتيب نجم الدين الخاصي (ت ٦٣٤هـ) لـ "الفتاوى الكبرى" للصدر الشهيد (ت ٥٣٦هـ)، وتقدمت ترجمتها ١٧٦/٩.

(٦) "ط": كتاب القضاء ٣/١٧٤.

(٧) ص ٢٦٨ - وما بعدها "در".

(٨) "المنح": كتاب القضاء ٢/٥٢ق/ب - ق ٥٣/أ.

(٩) "تفصيل عقد الفرائد": فصل من كتاب الشهادات - عدم جواز شهادة الرجل على الرجل بينهما عداوة إلخ ٣١٩/١.

(١٠) في "ك" و"م": ((بعلمه)) بالياء.

(١١) "تفصيل عقد الفرائد": فصل من كتاب الشهادات - عدم جواز شهادة الرجل على الرجل بينهما عداوة إلخ ٣١٩/١.

(١٢) ص ٢٦٧ - "در".

وقال "ابن وهبان" بحثاً: ((إِنْ بَعْلِمِهِ لَمْ يَجْزُ، وَإِنْ بِشَهَادَةِ الْعُدُولِ مَحْضَرٍ مِنَ النَّاسِ جاز)). اهـ. قلتُ: واعتمدَهُ القاضي "محبُ الدِّين" ^(١) في "منظومته"، فقال:

ولو على عدوِّه قاضٍ حَكَمُ إِنْ كَانَ عَدْلًا صَحَّ ذَاكَ وَأَنْبَرُمُ
واختارَ بعضُ العُلَمَاءِ وَفَصَّلَا إِنْ كَانَ بِالْعِلْمِ قَضَى لَنْ يُقْبَلَا
وَإِنْ يَكُنْ مَحْضَرٍ مِنَ الْمَلَا وبشهادةِ العُدُولِ قُبِلَا
قلتُ: لَكِنْ نَقَلَ فِي "البحر" ^(٢) والعيني ^(٣) و"الزَّيْلَعِي" ^(٤) و"المصنّف" ^(٥) وَغَيْرُهُمْ.....

[٢٥٩٥٥١] (قوله: إِنْ بَعْلِمِهِ لَمْ يَجْزُ) أي: بناءً على القولِ بجوازِ قضاءِ القاضي بَعْلِمِهِ، والمعتمدُ خلافُهُ. وعليه فلا خلافَ بَيْنَ كلامي "ابنِ الشَّحْنَةِ" و"ابنِ وهبان"، فَإِنَّ مُؤَدَّى كَلَامِهِمَا نَفُوذُ حُكْمِهِ لَوْ عَدْلًا بِشَهَادَةِ الْعُدُولِ.
[٢٥٩٥٦٦] (قوله: واعتمدَهُ إلخ) المتبادرُ مِنَ النِّظَمِ اعْتِمَادُ الْأَوَّلِ، وَهُوَ بَحْثُ "ابنِ الشَّحْنَةِ"، فَيَتَعَيَّنُ عُودُ الضَّمِيرِ إِلَيْهِ.

[٢٥٩٥٧٦] (قوله: واختارَ بعضُ العُلَمَاءِ) هو "ابنُ وهبان".
[٢٥٩٥٨١] (قوله: قلتُ: لَكِنْ إلخ) أصلُهُ لـ "المصنّف"، حيثُ قال: ((وقد غَفَلَ "الشَّيْخَانِ" -أي: ابنُ وهبان- وشارحه "عبدُ البر"- [١٩٥٣/ب] عَمَّا اتَّفَقَتْ كَلِمَتُهُمْ عَلَيْهِ فِي كِتَابِهِمُ الْمُعْتَمَدَةِ -قوله: وعليه فلا خلافَ بَيْنَ كلامي "ابنِ الشَّحْنَةِ" و"ابنِ وهبان" إلخ) فيه: أَنَّ كَلَامَ "ابنِ الشَّحْنَةِ" مُقَيَّدٌ بِمَا إِذَا كَانَ الْقَاضِي عَدْلًا، وَكَلَامُ "ابنِ وهبان" غَيْرُ مُقَيَّدٍ بِهَذَا الْقَيْدِ، بَلْ فِيهِ التَّفْصِيلُ بَيْنَ كَوْنِهِ بَعْلِمِهِ أَوْ لَا، فَمَا زَالَ الْخِلَافُ مُتَحَقِّقًا فِيمَا لَوْ كَانَ الْقَاضِي غَيْرَ عَدْلٍ وَقَضَى بِشَهَادَةِ الْعُدُولِ، أَوْ قَضَى بَعْلِمِهِ عَلَى غَيْرِ الْمُعْتَمَدِ وَكَانَ عَدْلًا، تَأَمَّلْ).

(١) "المنظومة المحبية": كتاب القضاء ص ٦٠....

(٢) "البحر": كتاب القضاء ٢٨٣/٦.

(٣) "رمز الحقائق": كتاب القضاء ٨٤/٢، وذكر أن هذا قول إبراهيم النخعي.

(٤) "تبيين الحقائق": كتاب القضاء ١٧٥/٤.

(٥) "المنح": كتاب القضاء ٥٤/٢، نقلاً عن إبراهيم النخعي.

عندَ مسألة التَّليدِ مِنَ الجائرِ عن "النَّاصِحِي" في "تهذيب أدب القاضي" ^(١)
لـ "الْخَصَاف": ((أَنَّ مَنْ لَمْ تَجْزُ شَهَادَتُهُ لَمْ يَجْزُ قِضَاؤُهُ،))

مِنْ أَنَّ أَهْلَهُ أَهْلُ الشَّهَادَةِ، فَمَنْ صَلَحَ لَهَا صَلَحَ لَهُ، وَمَنْ لَا فَلَ، وَالْعَدُوُّ لَا يَصْلُحُ لِلشَّهَادَةِ عَلَى مَا عَلَيْهِ عَامَّةُ الْمُتَأَخِّرِينَ، فَلَا يَصْلُحُ لِلْقَضَاءِ)) اهـ "ط" ^(٢).

قلتُ: ولم أرَ هذا الكلامَ في نُسخَتِي من "شرح المصنّف" ^(٣).

ثمَّ أعلمُ أَنَّ مرادَ "الشارح" الاستدراكُ على كلامِ "الشَّيْخِينَ" وتأييدُ كلامِ "المتن"، فإنَّ "المصنّف" فرّعَ عَدَمَ صَحَّةِ الْقَضَاءِ عَلَى عَدَمِ قَبُولِ الشَّهَادَةِ، وهو مفهومُ الكَلِيَّةِ الواقعةِ في عباراتِ المتن، وهي قولهم: ((وَأَهْلُهُ أَهْلُهَا))، فإنَّ مفهومَهَا عَكْسُهَا التَّغْوِي، وهو أَنَّ مَنْ لَيْسَ أَهْلًا لَهَا لَا يَكُونُ أَهْلًا لَهُ، فلذا قال "المصنّف" في "مَتْنِهِ" ^(٤): ((وَالْعَدُوُّ لَا يَقْبَلُ شَهَادَتُهُ عَلَى عَدْوِهِ فَلَا يَصِحُّ قِضَاؤُهُ عَلَيْهِ))، وَلَمَّا كَانَ هَذَا إِبْتِذَاً لِلْحُكْمِ بِالْمَفْهُومِ، وفيه احتمالٌ نقلِ "الشارح" أَنَّ مفهومَ الكَلِيَّةِ المذكورةِ مُصَرَّحٌ به في عبارةِ "النَّاصِحِي"، فسَقَطَ الاحتمالُ واندفعَ بحثُ "الشَّيْخِينَ" وتأييدُ كلامِ "المصنّف"، ولذا قال ^(٥): ((وهو صريحٌ أو كالصَّريحِ فيما اعتمدَهُ "المصنّف")).

٣٠٠/٤

ولكنَّ بَقِيَ ههنا تحقيقُ و ^(٦)توفيقٌ، وهو أَنَّهُ ذَكَرَ في "القنية" ^(٧): ((أَنَّ الْعِدَاوَةَ الدُّنْيَوِيَّةَ لَا تَمْنَعُ قَبُولَ الشَّهَادَةِ مَا لَمْ يَفْسُقْ بِهَا، وَأَنَّهُ الصَّحِيحُ وَعَلَيْهِ الْاعْتِمَادُ، وَأَنَّ مَا فِي "الْحِيطِ"

قَوْلُهُ: ولم أرَ هذا الكلامَ في نُسخَتِي من "شرح المصنّف") بل رأيتهُ في نسخةٍ قديمةٍ، وَقَفُ الشَّيْخِ "عبد الحيّ الشُّرْبُلَالِي".

(١) هو مختصر وفقي هلال بن يحيى البصري (ت ٢٤٥هـ) والخصاف (ت ٢٦١هـ)، وهو لأبي محمد عبد الله بن الحسين المعروف بالناصحي النيسابوري (ت ٤٤٧هـ). ("كشف الظنون" ٢١/١، "الطبقات السنية" ١٦٥/٤).

(٢) "ط": كتاب القضاء ١٧٥/٣.

(٣) ولم نَرَهُ نَحْنُ أَيْضاً فِي نَسَخَتِنَا مِنْ "المنع".

(٤) ص ٢٦٤ - ٢٦٥ - "در".

(٥) ص ٢٦٦ - "در".

(٦) الواو ليست في "م".

(٧) "القنية": كتاب الشهادات - باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل ١٣٦/أ - ب، نقلاً عن "الحيط"، و"الواقعات الكبرى"، و"كنز الروؤس"، و"خزانة الفقه"، و"شرح السنة"، و"معالم السنن"، والقاضي أبي علي النسفي.

وَمَنْ لَمْ يَحْزُ قَضَاؤُهُ لَا يُعْتَمَدُ عَلَى كِتَابِهِ)) اهد. وهو صريحٌ أو كالصريح فيما اعتمدته "المصنف" كما لا يخفى، فليعتمد،

و"الوقعات": مِنْ أَنَّ شَهَادَةَ الْعَدُوِّ عَلَى عَدُوِّهِ لَا تُقْبَلُ اخْتِيَارُ الْمُتَأَخِّرِينَ، وَالرَّوَايَةُ الْمَنْصُوصَةُ تَخَالِفُهَا، وَأَنَّهُ مَذْهَبُ "الشَّافِعِيِّ"، وَقَالَ "أَبُو حَنِيفَةَ": "تُقْبَلُ إِذَا كَانَ عَدْلًا، وَفِي "المبسوط"^(١): "إِنْ كَانَتْ دُنْيَوِيَّةً فَهَذَا يُوجِبُ فُسْقَهُ، فَلَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ)) اهد مُلْخَصًا.

والحاصل: أَنَّ فِي الْمَسْأَلَةِ قَوْلَيْنِ مُعْتَمَدَيْنِ أَحَدُهُمَا: عَدَمُ قَبُولِهَا عَلَى الْعَدُوِّ، وَهَذَا اخْتِيَارُ الْمُتَأَخِّرِينَ، وَعَلَيْهِ صَاحِبُ "الكنز"^(٢) و"الملتقى"^(٣). وَمُقْتَضَاهُ أَنَّ الْعِلَّةَ الْعِدَاوَةَ لَا الْفُسْقَ، وَإِلَّا لَمْ تُقْبَلْ عَنْ غَيْرِ الْعَدُوِّ أَيْضًا، وَعَلَى هَذَا لَا يَصِحُّ قَضَاءُ الْعَدُوِّ عَلَى عَدُوِّهِ أَيْضًا. ثَانِيهِمَا: أَنَّهَا تُقْبَلُ إِلَّا إِذَا فَسَقَ بِهَا، وَاخْتَارَهُ "ابنُ وَهْبَانَ" و"ابنُ الشَّحْنَةِ". وَإِذَا قُبِلَتْ فَبِالضَّرُورَةِ يَصِحُّ قَضَاءُ الْعَدُوِّ عَلَى عَدُوِّهِ إِذَا كَانَ عَدْلًا، فَلَذَا اخْتَارَ "الشَّيْخَانُ" صَحَّتَهُ، وَبِهِ عِلْمٌ أَنَّ مَنْ يَقُولُ بِقَبُولِ شَهَادَةِ الْعَدُوِّ الْعَدْلَ يَقُولُ بِصَحَّةِ قَضَائِهِ، وَمَنْ لَا فَلَ، وَأَنَّ مَا ذَكَرَهُ "النَّاصِحِيُّ" لَا يِعَارِضُ كَلَامَ "الشَّيْخِينَ"؛ لِاخْتِلَافِ الْمَنَاطِ، فَاعْتَنَمَ هَذَا التَّحْقِيقَ وَدَعَ التَّلْفِيقَ. [٢٥٩٥٩] (قَوْلُهُ: لَا يُعْتَمَدُ عَلَى كِتَابِهِ) هُوَ الْمَعْبَرُ عَنْهُ فِيمَا سَبَقَ بِ((السَّجَلِ))، "ط"^(٤). [٢٥٩٦٠] (قَوْلُهُ: فِيمَا اعْتَمَدَهُ "المصنف") أَيْ: فِي "مَتْنِهِ" مِنْ إِطْلَاقِ عَدَمِ الْقَبُولِ.

(قَوْلُهُ: وَاخْتَارَهُ "ابنُ وَهْبَانَ" إلخ) فِيهِ: أَنَّ "ابنَ وَهْبَانَ" لَمْ يَجْعَلِ الْمَدَارَ فِي صَحَّةِ الْقَضَاءِ إِلَّا عَلَى عَدَالَةِ الشُّهُودِ لَا عَلَى عَدَالَةِ الْقَاضِي، وَ"ابنُ الشَّحْنَةِ" عَلَى اعْتِبَارِ عَدَالَةِ الْقَاضِي خَاصَّةً. (قَوْلُهُ: فَاعْتَنَمَ هَذَا التَّحْقِيقَ) لَا يَخْفَى أَنَّهُ لَا خِلَافَ فِي الْحَقِيقَةِ بَيْنَهُمْ؛ لِأَنَّ الْمُتَقَدِّمِينَ مَنَعُوا الْقَبُولَ فِي الْمُسْتَقَّةِ وَأَجَازُوهَا فِي غَيْرِهَا، وَالْمُتَأَخِّرُونَ أَطْلَقُوا الْمَنَعَ ثُمَّ ذَكَرُوا مَا يُفِيدُ أَنَّهُ فِي الْمُسْتَقَّةِ، وَمِنْ ذَلِكَ قَوْلُ "الشَّرْنَبَلَايَ": ((ثُمَّ إِنَّمَا تَثَبَّتْ بِحَوِ إلخ))، فَإِنَّهُمْ مَا ذَكَرُوا هَذَا التَّقْيِيدَ إِلَّا لِقَوْلِ أُنْمَةِ الْمَذْهَبِ: لَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الْعَدُوِّ، الَّذِي هُوَ قَوْلُ الْمُتَأَخِّرِينَ، تَأْمَلْ.

(١) "المبسوط": كتاب الشهادات - باب من لا تجوز شهادته ١٣٣/١٦ بتصرف.

(٢) انظر "شرح العيني على الكنز": كتاب الشهادات - باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل ١٠٥/٢.

(٣) "ملتقى الأبحر": كتاب الشهادات - باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل ٨٨/٢.

(٤) "ط": كتاب القضاء ١٧٥/٣.

وبه أفتى محقق الشافعية "الرملی"^(١)، ومن خطه نقلت: ((أنه لو قضى عليه ثم أثبت عداوته بطل قضاؤه))، فيحفظ. وفي "شرح الوهبانية" لـ "الشرنبلالي": ((ثم إنما تثبت العداوة بنحو قذف، وجرح، وقتل، ولي، لا بمخاصمة)).

[٢٥٩٦١] (قوله: وبه أفتى محقق الشافعية "الرملی") هذا غير ما نقله في "شرح الوهبانية"^(٢) عن "الرافعي"^(٣) عن "الماوردي"^(٤): ((من جواز القضاء على العدو لا الشهادة عليه؛ لظهور أسباب الحكم وخفاء أسباب الشهادة)) اهـ. وهو وجيه، ولذا قيد "ابن وهبان" صحة القضاء بما إذا كان بشهادة العلول. يحضر من الناس كما مر^(٥)؛ لتتنفي التهمة بمعاينة أسباب الحكم. ويظهر لي أنه ينبغي أن يصحح الحكم عندنا في هذه الصبورة حتى على القول بعدم قبول شهادة العدو، فتأمل.

[٢٥٩٦٢] (قوله: ومن خطه نقلت) الجار والمجرور متعلق بقوله: ((نقلت)). وقوله: ((أنه لو قضى إلخ)) مفعول ((نقلت))، أو بدل من الضمير المجرور في قوله: ((وبه أفتى))، وجملة ((ومن خطه نقلت)) معترضة، أو هي خبر مقدم وجملة ((أنه لو قضى إلخ)) مبتدأ مؤخر، واقتصر "ط"^(٦) على الأخير.

[٢٥٩٦٣] (قوله: وفي "شرح الوهبانية" لـ "الشرنبلالي" إلخ) أصله لناظمها، ونقله العلامة "عبد البر"^(٧) عنه، ونصه: ((قال - أي: "ابن وهبان" -: وقد يتوهم بعض المتفقهة من الشهود أن من خاصم شخصاً في حق أو ادعى عليه يصير عدوه فيشهدون بينهما بالعداوة وليس كذلك، وإنما تثبت بنحو إلخ)) اهـ.

(١) "فتاوى الرملی": كتاب الشهادات - باب الدعوى والبيات ١٧٣/٤ - ١٧٤ بصرف (هامش) "الفتاوى الكبرى الفقهية" لابن حجر.
(٢) "تفصيل عقد الفرائد": فصل من كتاب الشهادات - عدم جواز شهادة الرجل على الرجل بينهما عداوة إلخ ٣١٩/١.
(٣) لم نثر عليها في القسم المطبوع من كتابه "فتح العزيز شرح الوجيز". وتقدمت ترجمة الرافعي ٢٦١/١.
(٤) لم نقف على النقل في كتابه: "الأحكام السلطانية" و"الحاوي الكبير". والماوردي هو أبو الحسن علي بن محمد (ت ٤٥٠ هـ). - "طبقات السبكي" ٢٦٧/٥.

(٥) ص ٢٦٧ - "در".

(٦) "ط": كتاب القضاء ١٧٥/٣.

(٧) "تفصيل عقد الفرائد": فصل من كتاب الشهادات - عدم جواز شهادة الرجل على الرجل بينهما عداوة إلخ ٣١٩/١.

نَعَمْ هِيَ تَمْنَعُ الشَّهَادَةَ فِيمَا وَقَعَتْ فِيهِ الْمُخَاصِمَةُ كَشَهَادَةِ وَكِيلٍ فِيمَا وَكَّلَ فِيهِ، وَوَصِيٍّ، وَشَرِيكٍ. (وَالْفَاسِقُ لَا يَصْلُحُ مُفْتِيًّا)؛ لِأَنَّ الْفَتْوَى مِنْ أُمُورِ الدِّينِ، وَالْفَاسِقُ لَا يَقْبَلُ قَوْلُهُ فِي الدِّيَانَةِ، "ابْنَ مَلَكٍ"،

قلت: لكن قد علمت أن مختار "ابن وهبان" أن العداوة لا تمنع قبول الشهادة إلا إذا فسق بها، فعلم أنها قد تكون مفسقة وقد لا تكون، فقله: ((وإنما ثبتت إلخ)) [١/١٩٦/٣] يريد به العداوة المانعة، وهي المفسقة، ولا يخفى أن هذه تمنع القول على العدو وعلى غيره، وسيأتي تمام الكلام على هذه المسألة في الشهادات^(١) إن شاء الله تعالى.

[٢٥٩٦٤] (قوله: ووصي) أي: فيما أوصي عليه. وقوله: ((وشريك)) أي: فيما هو من مال الشراكة، "ط"^(٢).

[مطلب: لا يعتمد على فتوى المفتي الفاسق مطلقاً]

[٢٥٩٦٥] (قوله: والفاسق لا يصلح مفتياً) أي: لا يعتمد على فتواه، وظاهر قول "المجمع": ((لا يستفتي)) أنه لا يحل استفتاءه، ويؤيده قول "ابن الهمام" في "التحرير"^(٣): ((الاتفاق على حل استفتاء^(٤) من عرف من أهل العلم بالاجتهاد والعدالة، أو رآه منتصباً والناس يستفتونه معظمين له، وعلى امتناعه إن ظن عدم أحدهما))، أي: عدم الاجتهاد أو العدالة كما في "شرح^(٥)". ولكن اشتراط الاجتهاد مبني على اصطلاح الأصوليين: أن المفتي المجتهد، أي: الذي يفتي بمذهبه، وأن غيره ليس بمفتي، بل هو ناقل كما سيأتي^(٦)، والثاني هو المراد هنا بدليل ما سيأتي من أن اجتهاده شرط الأولوية، ولأن المجتهد مفقود اليوم.

(قوله: ولا يخفى أن هذه تمنع القول على العدو وعلى غيره) لكن منع القول على العدو بمعنى عدم النفاذ لو قضى بها، وعلى غيره بمعنى أن القاضي لا يحل له قبولها، ولو قبلها وقضى بها نفذ حكمه.

(١) انظر "الدر" عند المقولة [٢٦٩٨٠] قوله: ((وعدو إلخ)) وما بعدها.

(٢) "ط": كتاب القضاء ١٧٥/٣.

(٣) "التحرير": المقالة الثالثة - مسألة: الاتفاق على حل استفتاء من عرف من أهل العلم بالاجتهاد والعدالة إلخ ص ٥٤٩.

(٤) في "الأصل": ((استفتاءه)).

(٥) "التقرير والتحرير": المقالة الثالثة - مسألة: الاتفاق على حل استفتاء من عرف من أهل العلم بالاجتهاد والعدالة إلخ ٣/٣٤٥.

(٦) المقولة [٢٥٩٨٢] قوله: ((ولا يخير إلا إذا كان مجتهداً)).

زاد "العيني"^(١): ((واختارَهُ كَثِيرٌ مِنَ الْمُتَأَخِّرِينَ))، وَجَزَمَ بِهِ صَاحِبُ "المَجْمَعِ" فِي "مَتْنِهِ"، وَلَهُ فِي "شَرْحِهِ" عِبَارَاتٌ بَلِيغَةٌ، وَهُوَ قَوْلُ الْأُئِمَّةِ الثَّلَاثَةِ^(٢) أَيْضًا، وَظَاهَرُ مَا فِي "التَّحْرِيرِ": ((أَنَّهُ لَا يَحِلُّ اسْتِفْتَاؤُهُ اتِّفَاقًا)) كَمَا بَسَطَهُ "المُصَنِّفُ"^(٣)، (وَقِيلَ: نَعَمْ) يَصْلُحُ، وَبِهِ جَزَمَ فِي "الْكُتْرُ"؛ لِأَنَّهُ يَجْتَهِدُ.....

والحاصل: أَنَّهُ لَا يُعْتَمَدُ عَلَى فَتْوَى الْمُفْتَى الْفَاسِقِ مُطْلَقًا.

[٢٥٩٦٦] (قَوْلُهُ: وَلَهُ فِي "شَرْحِهِ" عِبَارَاتٌ بَلِيغَةٌ) حَيْثُ قَالَ: ((إِنَّ أَوَّلَى مَا يُسْتَنْزَلُ بِهِ فَيْضُ الرَّحْمَةِ الْإِلَهِيَّةِ فِي تَحْقِيقِ الْوَاقِعَاتِ الشَّرْعِيَّةِ طَاعَةُ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ، وَالتَّمَسُّكُ بِحَبْلِ التَّقْوَى، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿وَاتَّقُوا اللَّهَ وَيَعْلَمُكُمْ اللَّهُ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، وَمِنْ اعْتِمَادِ عَلَى رَأْيِهِ وَذَهَبِهِ فِي اسْتِخْرَاجِ دَقَائِقِ الْفَقْهِ وَكُنُوزِهِ - وَهُوَ فِي الْمَعَاصِي حَقِيقٌ بِإِزَالِ الْخِلَالِ - فَقَدْ اعْتَمَدَ عَلَى مَا لَا يُعْتَمَدُ عَلَيْهِ ﴿وَمَنْ يَجْعَلِ اللَّهُ لَهُ نُورًا فَمَا لَهُ نُورٌ﴾ [النور: ٤٠] اهـ.

[٢٥٩٦٧] (قَوْلُهُ: وَظَاهَرُ مَا فِي "التَّحْرِيرِ") بَلْ هُوَ صَرِيحُهُ كَمَا سَمِعْتُ^(٤).

[٢٥٩٦٨] (قَوْلُهُ: وَبِهِ جَزَمَ فِي "الْكُتْرُ") حَيْثُ قَالَ^(٥): ((وَالْفَاسِقُ يَصْلُحُ مُفْتِيًا،

وَقِيلَ: لَا))، فَجَزَمَ بِالْأَوَّلِ وَنَسَبَ الثَّانِي إِلَى قَائِلِهِ بِصِيغَةِ التَّمْرِيطِ، فَافْهَمْ.

[٢٥٩٦٩] (قَوْلُهُ: لِأَنَّهُ يَجْتَهِدُ الْإِخ) هَذَا التَّعْلِيلُ لَا يَظْهَرُ فِي زَمَانِنَا؛ لِأَنَّهُ قَدْ يُعْرَضُ عَنِ

النَّصِّ الضَّرُورِيِّ قَصْدًا لَغَرَضٍ فَاسِدٍ، وَرَبَّمَا غُورِضَ النَّصِّ فَيَدْعِي فِسَادَ النَّصِّ، "ط"^(٦).

(قَوْلُهُ: بَلْ هُوَ صَرِيحُهُ كَمَا سَمِعْتُ) يُقَالُ: إِنَّ قَوْلَهُ: ((وَعَلَى امْتِنَاعِهِ الْإِخ)) يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ خَبَرٌ

مَبْتَدَأٌ تَقْدِيرُهُ: وَالْعَمَلُ عَلَى امْتِنَاعِ الْإِخ، وَلَيْسَ مَعْطُوفًا عَلَى قَوْلِهِ: ((عَلَى جَلِّ الْإِخ))، وَالْقَرِينَةُ عَلَى هَذَا الْإِحْتِمَالِ ذِكْرُ غَيْرِهِ الْخِلَافَ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ، تَأَمَّلْ.

(١) "رمز الحقائق": كتاب القضاء ٨٣/٢.

(٢) انظر "مواهب الجليل": باب القضاء ٨٧/٦، "نهاية المحتاج": كتاب القضاء ٢٣٨/٨، "المغني": كتاب القضاء - شروط القاضي ٥٠٣ - ٥٠٢/١٣.

(٣) انظر "المنح": كتاب القضاء ٢/٥٣.

(٤) المقولة [٢٥٩٦٥] قَوْلُهُ: ((وَالْفَاسِقُ لَا يَصْلُحُ مُفْتِيًا)).

(٥) انظر "شرح العيني على الكثر": كتاب القضاء ٨٣/٢.

(٦) "ط": كتاب القضاء ١٧٥/٣.

حَذَارَ نَسْبَةِ الْخَطَا، وَلَا خِلَافَ فِي اشْتِرَاطِ إِسْلَامِيهِ وَعَقْلِيهِ، وَشَرَطَ بَعْضُهُمْ تَيَقُّظَهُ، لَا حُرِّيَّتَهُ وَذُكُورَتَهُ^(١) وَنُطْقَهُ،

[٢٥٩٧٠] (قوله: حَذَارَ نَسْبَةِ الْخَطَا) الْأَوَّلَى أَنْ يَقُولَ: حَذَرَ؛ لِمَا فِي "الْقَامُوسِ"^(٢):

((وَحَذَارَ حَذَارٍ، وَقَدْ يُنَوَّنُ الثَّانِي، أَي: احْذَرُ))، "ط"^(٣).

[مطلب: يشترط في المفتي أن يكون متيقظاً يعلم حيل الناس ودسائسهم]

[٢٥٩٧١] (قوله: وشَرَطَ بَعْضُهُمْ تَيَقُّظَهُ) اجْتِرَازاً عَمَّنْ غَلَبَ عَلَيْهِ الْغَفْلَةُ وَالسَّهْوُ.

قلت: وهذا شرط لازم في زماننا، فإنَّ العادة اليوم أنَّ مَنْ صار^(٤) يديه فتوى المفتي استَطَالَ على خصمه وفهره. مَحَرَّدُ قَوْلِهِ: أَفْهَانِي الْمَفْتِي بِأَنَّ الْحَقَّ مَعِي، وَالْخَصْمُ جَاهِلٌ لَا يَدْرِي مَا فِي الْفَتْوَى، فَلَا بَدَّ أَنْ يَكُونَ الْمَفْتِي مُتَيَقِّظاً يَعْلَمُ حِيلَ النَّاسِ وَدَسَائِسَهُمْ، فَإِذَا جَاءَهُ^(٥) السَّائِلُ يُقَرِّرُهُ مِنْ لِسَانِهِ، وَلَا يَقُولُ لَهُ: إِنْ كَانَ كَذَا فَالْحَقُّ مَعَكَ، وَإِنْ كَانَ كَذَا فَالْحَقُّ مَعِ خَصْمِكَ؛ لِأَنَّهُ يَخْتَارُ لِنَفْسِهِ مَا يَنْفَعُهُ وَلَا يَعِجْزُ عَنْ إِثْبَاتِهِ بِشَاهِدِي زُورٍ، بَلِ الْأَحْسَنُ أَنْ يَجْمَعَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ خَصْمِهِ، فَإِذَا ظَهَرَ لَهُ الْحَقُّ مَعَ أَحَدِهِمَا كَتَبَ الْفَتْوَى لِصَاحِبِ الْحَقِّ، وَلِيَحْتَرِزَ مِنَ الْوَكَلَاءِ فِي الْخُصُومَاتِ، فَإِنَّ أَحَدَهُمْ لَا يَرْضَى إِلَّا بِإِثْبَاتِ دَعْوَاهُ لِمُوكِّلِهِ بِأَيِّ وَجْهِ أَمَكَّنَ، وَلَهُمْ مَهَارَةٌ فِي الْحِيلِ وَالتَّرْوِيرِ وَقَلْبِ الْكَلَامِ وَتَصْوِيرِ الْبَاطِلِ بِصُورَةِ الْحَقِّ، فَإِذَا أَخَذَ الْفَتْوَى فَهَرَّ خَصْمَهُ وَوَصَلَ إِلَى غَرْضِهِ الْفَاسِدِ، فَلَا يَحِلُّ لِلْمَفْتِي أَنْ يُعَيِّنَهُ عَلَى ضَلَالِهِ، وَقَدْ قَالُوا: مَنْ جَهِلَ بِأَهْلِي زَمَانِهِ^(٦) فَهُوَ جَاهِلٌ، وَقَدْ يَسْأَلُ عَنْ أَمْرِ شَرْعِيٍّ وَتَدُلُّ الْقِرَائِنُ لِلْمَفْتِيِ التَّيَقُّظَ أَنْ مَرَادَهُ التَّوَصُّلُ بِهِ إِلَى غَرْضٍ فَاسِدٍ كَمَا شَاهَدْنَاهُ كَثِيرًا. وَالْحَاصِلُ: أَنَّ غَفْلَةَ الْمَفْتِيِ يَلْزَمُ مِنْهَا ضَرَرٌ عَظِيمٌ فِي هَذَا الزَّمَانِ، وَاللَّهُ تَعَالَى الْمُسْتَعَانُ.

[٢٥٩٧٢] (قوله: لَا حُرِّيَّتَهُ (لِخ) أَي: فَهُوَ كَالرَّأَوِي، لَا كَالشَّاهِدِ وَالْقَاضِي، وَلِذَا تَصَبَّحُ فِتْوَاهُ لِمَنْ لَا تَقْبَلُ شَهَادَتُهُ لَهُ.

(١) فِي "د" وَ"و": ((وَذُكُورَتُهُ))، وَفِي "ط": ((وَذُكُوتُهُ)) دُونَ رَاءٍ، وَهُوَ خَطَأٌ.

(٢) "الْقَامُوسُ": مَادَّةُ ((حَذَرَ)).

(٣) "ط": كِتَابُ الْقَضَاءِ ١٧٥/٣ بَتَصْرَفٍ.

(٤) ((صَارَ)) لَيْسَتْ فِي "الْأَصْلِ".

(٥) فِي "م": ((جَاءَهُ))، وَهُوَ خَطَأٌ.

(٦) فِي "الْأَصْلِ": ((زَمَانَتَا)).

فَيَصِحُّ إِفْتَاءُ الْآخَرِسِ ^(١) لَا قَضَاؤَهُ، (وَيُكْتَفَى بِالْإِشَارَةِ مِنْهُ لَا مِنْ الْقَاضِي)؛ لِلزُّوْمِ صِغَةً مَخْصُوصَةً ك: حَكَمْتُ وَأَلَزَمْتُ بَعْدَ دَعْوَى صَحِيحَةٍ، وَأَمَّا الْأَطْرَشُ - وَهُوَ مَنْ يَسْمَعُ الصَّوْتَ الْقَوِيَّ - فَلَا أَصَحَّ الصَّحَّةَ، بِخِلَافِ الْأَصَمِّ.

[٢٥٩٧٣] (قوله: فَيَصِحُّ إِفْتَاءُ الْآخَرِسِ) أي: حَيْثُ فَهِمْتَ إِشَارَتَهُ، بَلْ يَحْجُوزُ أَنْ يَعْمَلَ بِإِشَارَةِ النَّاطِقِ كَمَا فِي "الْهِنْدِيَّة" ^(٢)، وَأَفَادَهُ عَمُومُ قَوْلِ "الْمَصْنَفِ": ((وَيُكْتَفَى بِالْإِشَارَةِ مِنْهُ))، "ط" ^(٣). [١٩٦٣/٣]

[٢٥٩٧٤] (قوله: فَلَا أَصَحَّ الصَّحَّةَ) لِأَنَّهُ يُفَرِّقُ بَيْنَ الْمُدَّعَى وَالْمُدَّعَى عَلَيْهِ، وَقِيلَ: لَا يَحْجُوزُ؛ لِأَنَّهُ لَا يَسْمَعُ الْإِقْرَارَ، فَيُضَيِّعُ حُقُوقَ النَّاسِ بِخِلَافِ الْأَصَمِّ، وَهَكَذَا فَصَّلَ "شَارِحُ الْوَهَابِيَّة" ^(٤)، وَيَنْبَغِي أَنْ الْحُكْمَ كَذَلِكَ فِي الْمَفْتَى.

فَإِنْ قُلْتُ: قَدْ يُفَرِّقُ بَيْنَهُمَا بَأَنَّ الْمَفْتَى يَقْرَأُ صَوْرَةَ الْاسْتِفْتَاءِ وَيَكْتُبُ جَوَابَهُ فَلَا يَحْتَاجُ إِلَى السَّمَاعِ.

قُلْتُ: الظَّاهِرُ مِنْ كَلَامِهِمْ عَدَمُ الْاِكْتِفَاءِ بِهَذَا فِي الْقَاضِي، مَعَ أَنَّهُ يُمْكِنُ أَنْ يُكْتَبَ لَهُ جَوَابُ الْخَصْمَيْنِ، فَكَذَا فِي الْمَفْتَى، وَيُمْكِنُ الْفَرَقُ بَأَنَّ الْقَضَاءَ لَا بَدَّ لَهُ مِنْ صِغَةِ مَخْصُوصَةٍ بَعْدَ دَعْوَى صَحِيحَةٍ، فَيُحْتَاطُ فِيهِ، بِخِلَافِ الْإِفْتَاءِ، فَإِنَّهُ إِفَادَةُ الْحُكْمِ الشَّرْعِيِّ وَلَوْ بِالْإِشَارَةِ، فَلَا يُشْتَرَطُ فِيهِ السَّمَاعُ. اهـ "منح" ^(٥) مُلْخَصًا.

قُلْتُ: لَا شَكَّ أَنَّهُ إِذَا كُتِبَ لَهُ وَأَجَابَ عَنْهُ جَارَ الْعَمَلُ بِفَتْوَاهُ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ مَنْصُوبًا لِلْمَفْتَى يَأْتِيهِ عَامَّةُ النَّاسِ وَيَسْأَلُونَهُ مِنْ نِسَاءٍ وَأَعْرَابٍ وَغَيْرِهِمْ فَلَا بَدَّ أَنْ يَكُونَ صَحِيحَ السَّمْعِ،

(١) فِي "ط": ((لَاخَرِس)).

(٢) "الْفَتَاوَى الْهِنْدِيَّة": كِتَابُ أَدَبِ الْقَاضِي - الْبَابُ الْأَوَّلُ فِي تَفْسِيرِ مَعْنَى الْأَدَبِ وَالْقَضَاءِ إلخ ٣/٣٠٩.

(٣) "ط": كِتَابُ الْقَضَاءِ ١٧٦/٣.

(٤) فِي "م": ((الْوَهَابِيَّة)) دُونَ الْبَاءِ، وَهُوَ خَطَأٌ، انْظُرْ "تَفْصِيلُ عَقْدِ الْفَرَائِدِ": فَصْلٌ مِنْ كِتَابِ أَدَبِ الْقَاضِي - مَسْأَلَةُ جَوَازِ تَوَلِيَةِ الطَّرْشِ ١/٢٨٩.

(٥) "الْمَنْحُ": كِتَابُ الْقَضَاءِ ٢/٥٢٣/ب.

(وفيتي القاضي) ولو في مجلس القضاء، وهو الصحيح^(١) (مَن لم يُخاصِمَ إليه)،
 "ظهيرية"، وسيُتضح .

لأنه لا يُمكنُ كلَّ سائلٍ أن يكتبَ له سؤاله، وقد يحضُرُ إليه الخصمان ويتكلَّمُ أحدهما بما
 يكونُ فيه الحقُّ عليه لا له، والفتي لم يسمَعْ ذلك منه فيُفتيه على ما سمِعَ من بعض كلامه
 فيُضَيِّعُ حقَّ خصمه، وهذا قد شاهدتهُ كثيراً، فلا ينبغي التردُّدُ في أنه لا يصلحُ أن يكونَ مُفتياً
 عاماً ينتظرُ القاضي جوابه ليحكمَ به، فإنَّ ضررَ مثلِ هذا أعظمُ من نفعه، والله سبحانه أعلم.

[مطلب: هل يفتي القاضي؟]

١٢٥٩٧٥١ (قوله: وفيتي القاضي إلخ) في "الظهيرية"^(٢): ((ولا بأسَ للقاضي أن يُفتيَ مَنْ
 لم يُخاصِمَ إليه، ولا يُفتيَ أحدَ الخصمين فيما خُوصِمَ إليه)) اهـ "بحر"^(٣). وفي "الخلاصة"^(٤):
 ((القاضي هل يُفتي؟ فيه أقاويل، والصحيحُ أنه لا بأسَ به في مجلس القضاء وغيره في
 الديانات والمعاملات)) اهـ. ويُمكنُ حملُه على مَنْ لم يُخاصِمَ إليه فيوافق ما في "الظهيرية"،
 ومن ثمَّ عوَّلنا عليه في هذا المختصر، "منح"^(٥). وقد جمَعَ "الشارح" بينَ العبارتين بهذا
 الحمل. وفي "كافي الحاكم": ((وأكرهُ للقاضي أن يُفتيَ في القضاء للخصومِ كراهةً أن يعلمَ
 خصمه قوله، فيتحرَّرَ منه بالباطل)) اهـ.

١٢٥٩٧٦١ (قوله: وسيُتضح) لعلَّه أرادَ به مسألةَ التسوية^(٦)، تأمل.

(قوله: وقد جمَعَ "الشارح" بينَ العبارتين إلخ) أي: "المصنّف" في شرحه لا شارحُ "الدرر"، فإنه
 لم يتعرَّضَ لما في "الخلاصة"، ولا لحمله على مَنْ لم يُخاصِمَ إليه.

(١) في "و" زيادة: ((در)) بعد قوله: ((وهو الصحيح))، ولم نقف على المسألة في "الدرر" والتصحيح الموجود في
 الشرح هو "الخلاصة".

(٢) "الظهيرية": كتاب الدعوى والبيئات - الفصل السادس فيما ينبغي للقاضي أن يعمل في تقلد القضاء إلخ ق ٣١٧/ب.

(٣) "البحر": كتاب القضاء ٢٨٧/٦.

(٤) "الخلاصة": كتاب القضاء - الفصل الثاني في أدب القضاة والحكام - الجنس الأول في المقدمة ق ١٩٥/ب.

(٥) "المنح": كتاب القضاء ٢/٥٣ أ.

(٦) انظر مسألة التسوية في ٣٤٣ - وما بعدها "در".

(ويأخذُ) القاضي كالمفتي (بقول "أبي حنيفة" على الإطلاق، ثمَّ بقول "أبي يوسف"، ثمَّ بقول "محمد"، ثمَّ بقول "زُفر" و"الحسن بن زياد")، وهو الأصحُّ، و"منية" و"سراجية"^(١)، وعبارة "النهر": ((ثمَّ بقول "الحسن"))، فتنبّه. وصحّح في "الحاوي" اعتبارَ قوَّةِ المُدرِّك،

مطلب: يُفتَى بقول "الإمام" على الإطلاق

[مطلب: الفتوى على قول "أبي يوسف" فيما يتعلق بالقضاء]

[٢٥٩٧٧] (قوله: على الإطلاق) أي: سواء كان معه أحدُ أصحابه أو انفرد، لكن سيأتي قبيل الفصل^(٢) أن الفتوى على قول "أبي يوسف" فيما يتعلق بالقضاء؛ لزيادة تجربته. [٢٥٩٧٨] (قوله: وهو الأصحُّ) مقابله ما يأتي^(٣) عن "الحاوي" وما في "جامع الفصولين"^(٤): ((من أنه لو معه أحدُ صاحبيه أخذَ بقوله، وإن خالفاه قيل: كذلك، وقيل: يُختارُ إلا فيما كان الاختلافُ بحسبِ تغيُّرِ الزمانِ كالحكمِ بظاهرِ العدالة، وفيما أجمع المتأخرونَ عليه كالمرارعة والمعاملة فيختارُ قولهما)).

[٢٥٩٧٩] (قوله: وعبارة "النهر" إلخ) أي: لإفادة أن رتبة "الحسن" بعد "زُفر"، بخلاف عبارة "المصنّف"، فإنَّ عطفه بالواو يُفيدُ أنهما في رتبة واحدة، وعبارة "المصنّف" هي المشهورة في الكتب. [٢٥٩٨٠] (قوله: وصحّح في "الحاوي") أي: "الحاوي القدسي"^(٥)، وهذا فيما إذا خالف "الصّاحبان" "الإمام". والمراد بـ ((قوَّة المُدرِّك)) قوَّة الدليل، أطلق عليه المُدرِّكُ لأنَّه محلُّ إدراكِ الحكم؛ لأنَّ الحكم يُؤخَذُ منه.

(قوله: لكنَّ سيأتي قبيل الفصل إلخ) لا حاجة لهذا الاستدراك، فإنَّ كلام "المصنّف" مُقيّد بما إذا لم يُوجد ترجيحٌ لخلاف هذا الترتيب كما يأتي.

(١) "الفتاوى السراجية": كتاب أدب المفتي والتنبية على الجواب ٤٨١/٢ (هامش "فتاوى قاضي خان").

(٢) ص ٣٤٩ - "در".

(٣) في هذه الصحيفة "در".

(٤) "جامع الفصولين": الفصل الأول في القضاء وما يتصل به من عزل قاضٍ أو وصيٍّ إلخ ١٢/١ باختصار.

(٥) "الحاوي القدسي": فصل إذا اختلفت الروايات ق ٢١٣/ب.

وَالأَوَّلُ أَضْبَطُ، "نهر" ^(١). (وَلَا يُخَيَّرُ إِلَّا إِذَا كَانَ ^(٢) مُجْتَهِدًا)،

(٢٥٩٨١) (قوله: وَالأَوَّلُ أَضْبَطُ) لِأَنَّ مَا فِي "الْحَاوِي" ^(٣) خَاصٌّ فِيمَنْ لَهُ أَطْلَاعٌ عَلَى الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ، وَصَارَ لَهُ مَلَكَةُ النَّظَرِ فِي الْأَدْلَةِ وَاسْتِنْبَاطِ الْأَحْكَامِ مِنْهَا، وَذَلِكَ هُوَ الْمُجْتَهِدُ الْمَطْلُوقُ أَوْ الْمُقَيَّدُ ^(٤)، بِخِلَافِ الْأَوَّلِ، فَإِنَّهُ يُمْكِنُ لِمَنْ هُوَ دُونَ ذَلِكَ.

(٢٥٩٨٢) (قوله: وَلَا يُخَيَّرُ إِلَّا إِذَا كَانَ مُجْتَهِدًا) أَي: لَا يُجُوزُ لَهُ مُخَالَفَةُ السَّرْتِيبِ الْمَذْكُورِ إِلَّا إِذَا كَانَ لَهُ مَلَكَةُ يَقْتَدِرُ بِهَا عَلَى الْإِطْلَاعِ عَلَى قُوَّةِ الْمُدْرِكِ، وَبِهَذَا رَجَعَ الْقَوْلُ الْأَوَّلُ إِلَى مَا فِي "الْحَاوِي": ((مَنْ أَنَّ الْعِبْرَةَ فِي الْمُفْتِي الْمُجْتَهِدِ لِقُوَّةِ الْمُدْرِكِ))، نَعَمْ فِيهِ زِيَادَةٌ تَفْصِيلٌ سَكَتَ عَنْهُ "الْحَاوِي"، فَقَدْ اتَّفَقَ الْقَوْلَانِ عَلَى أَنَّ الْأَصَحَّ هُوَ أَنَّ الْمُجْتَهِدَ فِي الْمَذْهَبِ مِنَ الْمَشَائِخِ الَّذِينَ هُمْ أَصْحَابُ التَّرْجِيحِ لَا يَلْزَمُهُ الْأَخْذُ بِقَوْلِ "الإِمَامِ" عَلَى الْإِطْلَاقِ، بَلْ عَلَيْهِ النَّظَرُ فِي الدَّلِيلِ، وَتَرْجِيحُ مَا رَجَحَ عِنْدَهُ دَلِيلُهُ، وَنَحْنُ نَتَّبِعُ مَا رَجَّحُوهُ وَعَتَمَدُوهُ كَمَا لَوْ أَتَوْا فِي حَيَاتِهِمْ كَمَا حَقَّقَهُ "الشَّارَحُ" فِي أَوَّلِ الْكِتَابِ ^(٥) نَقْلًا عَنِ الْعَلَامَةِ (١٩٧٣/٣) "قَاسِمٍ"، وَيَأْتِي ^(٦) قَرِيبًا عَنِ "الْمُلْتَقَطِ" ^(٧): ((أَنَّهُ إِنْ لَمْ يَكُنْ مُجْتَهِدًا فَعَلِيهِ تَقْلِيدُهُمْ وَاتِّبَاعُ رَأْيِهِمْ، فَبِإِذَا قَضَى بِخِلَافِهِ لَا يَنْفُذُ حُكْمُهُ)). وَفِي "فَتَاوَى ابْنِ السَّلْتِي": ((لَا يُعَدَّلُ عَنْ قَوْلِ "الإِمَامِ" إِلَّا إِذَا صَرَّحَ أَحَدٌ مِنَ الْمَشَائِخِ بِأَنَّ الْفَتْوَى عَلَى قَوْلٍ غَيْرِهِ)).

٣٠٢/٤

(قوله: وَبِهَذَا رَجَعَ الْقَوْلُ الْأَوَّلُ إِلَى مَا فِي "الْحَاوِي": مِنْ أَنَّ الْعِبْرَةَ لِلْخ) فِيهِ تَأْمُلٌ، وَذَلِكَ أَنَّ كَلَامَهُ فِي خُصُوصِ مَا إِذَا كَانَ "الإِمَامُ" فِي جَانِبٍ وَ"صَاحِبُهُ" فِي جَانِبٍ كَمَا ذَكَرَهُ عَنْهُ، وَنَقَلَهُ أَيْضًا "ط"، وَكَلَامُ "الْمُصَنَّفِ" أَعْمُ مِنْ ذَلِكَ، وَعِبَارَةُ "ط": ((قَالَ فِي "الْبَحْرِ"، وَصَحَّحَ فِي "الْحَاوِي الْقُدْسِي": أَنَّ "الإِمَامَ" إِذَا كَانَ فِي جَانِبٍ وَهُمَا فِي جَانِبٍ أَنَّ الْإِعْتِبَارَ لِقُوَّةِ الْمُدْرِكِ)) أَهـ.

(١) "النهر": كتاب القضاء ٢٧٧/ب باختصار.

(٢) فِي "ذ" وَ"و": ((وَلَا يُخَيَّرُ إِذَا لَمْ يَكُنْ مُجْتَهِدًا))..

(٣) فِي "ك": (("الْحَاوِي الْقُدْسِي")).

(٤) انظر مقدمة "طبقات الفقهاء" المنسوبة لطايش كبرى زاده ص ٧٠. وما بعدها، ومقدمة "الدر المختار" ٢٥١/١ وما بعدها.

(٥) ٢٤١/١ وما بعدها "در".

(٦) ص ٢٨٠ - "در".

(٧) "الملتقط": كتاب أدب القاضي - مطلب إذا أشكل الأمر على القاضي إلخ ص ٣٦٧.

بل المقلد متى خالف مُعْتَمَدَ مَذْهَبِهِ لَا يَنْفُذُ حُكْمُهُ وَيُقَضُّ، هُوَ^(١) المختار للفتوى كما بسَطَهُ "المصنّف" في "فتاويه"^(٢) وغيره، وقَدَمْنَاهُ^(٣) أوَّلُ^(٤) الكتاب، وسيجيء. وفي "القَهْستاني"^(٥) وغيره: ((اعْلَمْ أَنَّ فِي كُلِّ مَوْضِعٍ قَالُوا: الرَّأْيُ فِيهِ لِلْقَاضِي

وبهذا سَقَطَ مَا بَحَثَهُ فِي "البحر"^(٦): ((مِنْ أَنَّ عَلَيْنَا الْإِفْتَاءَ بِقَوْلِ "الإمام" وَإِنْ أَفْتَى الْمَشَايخُ بِخِلَافِهِ))، وقد اعْتَرَضَهُ مُحْشِيهِ "الخَيْرُ الرَّمْلِيُّ" بما معناه: ((أَنَّ الْمُفْتِيَ حَقِيقَةُ هُوَ الْمُجْتَهِدُ، وَأَمَّا غَيْرُهُ فَنَاقِلٌ لِقَوْلِ الْمُجْتَهِدِ، فَكَيْفَ يَجِبُ عَلَيْنَا الْإِفْتَاءُ بِقَوْلِ "الإمام" وَإِنْ أَفْتَى الْمَشَايخُ بِخِلَافِهِ وَنَحْنُ إِنَّمَا نَحْكِي فِتْوَاهُمْ لَا غَيْرَ)) اهـ. وثَمَّ أبحاثُ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ حَرَّرْنَاهُ فِي مَنْظُومَتَنَا فِي "رِسْمِ الْمُفْتِي" وفي "شرحها"^(٨)، وقَدَمْنَا بَعْضَهُ فِي أوَّلِ الْكِتَابِ^(٩)، واللَّهُ الْهَادِي إِلَى الصَّوَابِ، فَافْهَمْ.

[٢٥٩٨٣] (قَوْلُهُ: مُعْتَمَدَ مَذْهَبِهِ) أَي: الَّذِي اعْتَمَدَهُ مَشَايِخُ الْمَذْهَبِ، سَوَاءً وَافَقَ قَوْلَ "الإمام" أَوْ خَالَفَهُ كَمَا قَرَّرْنَاهُ^(١٠) آنفًا.

[٢٥٩٨٤] (قَوْلُهُ: وَسِيحِيءُ) أَي: بَعْدَ أُسْطُرٍ^(١١) عَنِ "الْمُلْتَقَطِ"، وَكَذَا فِي الْفَصْلِ الْآتِي^(١٢) عِنْدَ قَوْلِهِ: ((قَضَى فِي مُجْتَهِدٍ فِيهِ)).

[٢٥٩٨٥] (قَوْلُهُ: اعْلَمْ أَنَّ فِي كُلِّ مَوْضِعٍ قَالُوا: الرَّأْيُ فِيهِ لِلْقَاضِي (يَخ) أَقُولُ: قَدْ عَدَّ فِي "الْأَشْبَاهُ"^(١٣)

(١) فِي "د": ((وَهُوَ)).

(٢) "فتاوى المصنّف": فصل من كتاب القضاء ق ٥٦/أ.

(٣) ٢٤٧/١ "در".

(٤) فِي "و": ((فِي أوَّلِ)).

(٥) "جامع الرموز": كتاب القضاء ٢/٢٢٣، نقلًا عَنِ "الوَاقِعَاتِ الْحَسَامِيَّةِ".

(٦) ((بِئ)) لَيْسَتْ فِي "د" وَ"و".

(٧) "البحر": كتاب القضاء ٦/٢٩٣.

(٨) انظر "عقود رسم المفتي": ٢٦/١ (ضمن مجموع "رسائل ابن عابدين").

(٩) الْمُقُولَةُ [٤٦٨] قَوْلُهُ: ((وَالْأَصَحُّ كَمَا فِي "السَّرَاجِيَّةِ")) وَمَا بَعْدَهَا.

(١٠) فِي الْمُقُولَةِ السَّابِقَةِ.

(١١) ص ٢٨٠ - "در".

(١٢) ص ٤٦٤ - وما بعدها "در".

(١٣) "الْأَشْبَاهُ وَالنَّظَائِرُ": الْفَنُ الثَّانِي: الْفَوَائِدُ - كِتَابُ الْقَضَاءِ وَالشَّهَادَاتِ وَالِدَعَاوِي ص ٢٧٢ -.

فالمراد قاضٍ له مَلَكةُ الاجتهاد)) انتهى. وفي "الخلاصة"^(١): ((وإنما ينفذُ القضاءُ في المجتهدِ فيه إذا عِلِمَ أنه مجتهدٌ فيه، وإلا فلا)). (وإذا اختلفَ مُفتيانِ في جوابِ حادثةٍ (أُخذَ بقولِ أفقَّههما بعدَ أنْ يكونَ أوردَعهما)، "سراجية"^(٢)، وفي "الملتقط"^(٣): ((وإذا أشكَلَ عليه أمرٌ

من المسائل التي فُوضتْ لرأيِ القاضي إحدى عشرةَ مسألةً، وزادَ مُحشَّيه "الخَيْرُ الرَّمْلِيُّ" أربعَ عشرةَ مسألةً أُخرى ذَكَرَها "الحَمَوِيُّ" في "حاشيته"^(٤)، ولخفِيدِ "المَصْنَفِ" الشَّيْخُ "مُحَمَّدُ" بنِ الشَّيْخِ "صَالِحِ" ابنِ "المَصْنَفِ" رسالةً في ذلك سَمَّاها: "فِيضُ الْمُسْتَفِيزِ فِي مَسَائِلِ التَّفْوِيزِ"^(٥)، فارجِعْ إليها. ولكنَّ بعضَ هذه المسائل لا يظْهَرُ توقُّفُ الرَّأيِ فيها على الاجتهادِ المصطلحِ، فليُتأملْ. وانظُرْ ما نذكرُه^(٦) في الفصلِ الآتي عندَ قولِهِ: ((فِيحِبُّسُهُ بِمَا رَأَى)).

[٢٥٩٨٦] (قوله: وإنما ينفذُ القضاءُ (إلخ) هذا في القاضي المجتهدِ، أمَّا المقلِّدُ فعليه العملُ بمعتقدِ مذهبه عِلِمَ فيه خلافاً أو لا. اهـ "ط"^(٧). وسيأتِي^(٨) تمامُ الكلامِ على هذه المسألة عندَ قولِ "المَصْنَفِ": ((وإذا رُفِعَ إليه حُكْمُ قاضٍ آخَرَ نَفَّذَهُ^(٩))).

[٢٥٩٨٧] (قوله: وإذا أشكَلَ (إلخ) قال في الهنديَّة^(١٠): ((وإنْ لم يَقرَّ اجتهادهُ على شيءٍ، وبقيتِ الحادثةُ مُختلفةً ومُشكلةً كُتِبَ إلى فقهاءٍ غيرِ مصرِّه، فالمشاورَةُ بالكتابِ سنةٌ قديمةٌ في الحوادثِ الشرعيَّةِ، فإن اتَّفَقَ رأيهم على شيءٍ ورأيه يُوافِقُهُم وهو من أهلِ الرَّأيِ والاجتهادِ

(١) "الخلاصة": كتاب القضاء - الفصل الرابع - جنس آخر في النوازل ق ٢٠١/ب.

(٢) "السراجية": كتاب أدب المفتي والتبليغ على الجواب ٤٨١/٢ (هامش "فتاوى قاضي خان").

(٣) "الملتقط": كتاب أدب القاضي - مطلب: إذا أشكَلَ الأمر على القاضي إلخ ص ٣٦٧ -.

(٤) "عزم عيون البصائر": الفن الثاني: الفوائد - كتاب القضاء والشهادات والدعاوى ٣٧٢/٢.

(٥) "فيض المستفيضة في مسائل التفويض": لخفيد المصنف (ت ١٠٣٥هـ). ("خلاصة الأثر" ٤٧٥/٣، "الأعلام" ١٦٣/١).

(٦) المقولة [٢٦١٩١] قوله: ((قلت: قدَّمتُا إلخ)).

(٧) "ط": كتاب القضاء ١٧٧/٣.

(٨) المقولة [٢٦٢٨١] قوله: ((عالمًا باختلافِ الفقهاءِ إلخ)).

(٩) في "٣": ((أنفذه)) وعبارة المصنف ثمة: ((نفذه)).

(١٠) "الفتاوى الهندية": كتاب أدب القاضي - الباب الثالث في ترتيب الدلائل للعمل بها ٣١٤/٣ باختصار.

ولا رأي له فيه شاوَر العلماء ونظَر أحسن أقاويلهم وقضى بما رآه صواباً لا بغيره، إلا أن يكون غيره أقوى في الفقه ووجوه^(١) الاجتهاد، فيجوز ترك رأيه برأيه^(٢)، ثم قال^(٣): ((وإن لم يكن مجتهداً فعليه تقليدُهم واتباعُ رأيهم، فإذا قضى بخلافه لا ينفذ حكمه)).

أمضى ذلك برأيه، وإن اختلفوا نظرَ إلى أقرب الأقوالِ عنده من الحقِّ إن كان من أهل الاجتهاد، وإلا أخذ بقول من هو أفقه وأورع عنده^(٤) اهـ "ط"^(٥).

[٢٥٩٨٨] (قوله: وقضى بما رآه صواباً) أي: بما حدث له من الرأي والاجتهاد بعد مشاورتهم، فلا ينافي قوله: ((ولا رأي له فيه))، تأمل.

[٢٥٩٨٩] (قوله: إلا أن يكون غيره) أي: إلا أن يكون الشخص الذي أفتاه أقوى منه، فيجوز له أن يعيد عن رأي نفسه إلى رأي ذلك المفتي، لكن هذا إذا اتهم رأي نفسه، ففي "الهندية"^(٦) عن "المحيط"^(٧): ((وإن شاوَر القاضي رجلاً واحداً كفى، فإن رأى بخلاف رأيه وذلك الرجل أفضل وأفقه عنده لم تذكر هذه المسألة هنا. وقال^(٨) في كتاب الحدود: لو قضى برأي ذلك الرجل أرجو أن يكون في سعة، وإن لم يهتم القاضي رأيه^(٩) لا ينبغي أن يترك رأي نفسه ويقضي برأي غيره)) اهـ. أي: لأن المجتهد لا يقلد غيره.

[٢٥٩٩٠] (قوله: واتباع رأيهم) أي: إن اتفقوا على شيء، وإلا أخذ بقول الأفقه والأورع^(١٠) عنده كما مر^(١١).

(١) في "د": ((وجه)).

(٢) "المنتق": كتاب أدب القاضي - مطلب: إذا أشكل الأمر على القاضي إلخ ص ٣٦٧.

(٣) "ط": كتاب القضاء ١٧٧/٣ باختصار.

(٤) "الفتاوى الهندية": كتاب أدب القاضي - الباب الثالث في ترتيب الدلائل للعمل بها ٣١٤/٣ بتصرف.

(٥) "المحيط البرهاني": كتاب القضاء - الفصل الثالث في ترتيب الدلائل للعمل بها ٤/٦٦/أ بتصرف.

(٦) أي: الإمام محمد بن الحسن الشيباني رحمه الله تعالى، كما في "الهندية" و"المحيط".

(٧) عبارة "الهندية": ((وإن لم يهتم القاضي برأيه))، وعبارة "المحيط": ((لم يهتم)).

(٨) في "م": ((والأروع)) بتقديم الراء على الواو، وهو خطأ.

(٩) ص ٢٧٩ - "در".

(المصّر شرط لنفاذ القضاء في ظاهر الرواية، وفي رواية "النوادر": لا)، فينفذ في القرى، وفي عقار.....

قال في "الفتح"^(١): ((وعندي أنه لو أخذ بقول الذي لا يميل إليه قلبه جازاً؛ لأن ذلك الميل وعذمة سوءه، والواجب عليه تقليد مجتهد وقد فعل، أصاب ذلك المجتهد أو أخطأ)) اهـ. قلت: وهذا كله فيما إذا كان المفتيان مجتهدين واختلفا في الحكم، ومثله يقال في المقلّدين فيما لم يصرحوا في الكتب بترجيحه واعتماده، أو اختلفوا في ترجيحه، وإلا فالواجب الآن اتباع ما اتفقوا [ب/١٩٧/٣] على ترجيحه، أو كان ظاهر الرواية، أو قول "الإمام"، أو نحو ذلك من مقتضيات الترجيح التي ذكرناها في أول الكتاب^(٢) وفي منظومتنا وشرحها^(٣).

[٢٥٩٩١] (قوله: في ظاهر الرواية) في "البحر"^(٤): ((ولا يشترط المصّر على ظاهر الرواية، فالقضاء بالسواد صحيح، وبه يفتى، كذا في "البرازية"^(٥))) اهـ. وبه عُلِمَ أنَّ كلاً من القولين معزوّ إلى ظاهر الرواية، وفيه تأمل، "رملي على المنح".

[٢٥٩٩٢] (قوله: وفي عقار إلخ) في "البحر"^(٦): ((ولا يشترط أن يكون المتدعيان من بلد

(قوله: وبه عُلِمَ أنَّ كلاً من القولين معزوّ إلى ظاهر الرواية، وفيه تأمل) وجهه: أنَّ المذكور في "البرازية" من الفصل الأول: ((أنه ينفذ القضاء في غير المصّر، وبه يفتى))، بدون أن يعزّوه لظاهر الرواية، ثم قال فيه: ((المصّر شرط لنفاذ القضاء في ظاهر الرواية))، وذكر في الفصل الرابع: ((قضّى في الرستاق نفذ في رواية "النوادر"، وهو المأخوذ)) اهـ. ولم يذكر أنَّ النفاذ لظاهر الرواية.

(١) "الفتح": كتاب أدب القاضي ٣٦٠/٦.

(٢) المقالة [٤٦٨] قوله: ((والأصح كما في "السراجة")) وما بعدها.

(٣) هي منظومة "رسم المفتي" و"شرحها"، وتقدم ذكرها ٢٢٩/١.

(٤) "البحر": كتاب القضاء ٢٨٠/٦.

(٥) "البرازية": كتاب أدب القاضي - الفصل الأول في التقليد ١٣٩/٥ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٦) "البحر": كتاب القضاء ٢٨٠/٦.

لا في ولايته على الصحيح، "خلاصة"^(١)، (وبه يُفتى)، "بزازية". (أخذَ القضاء برشوة)

القاضي إذا كانت الدعوى في المنقول والدين، وأما في عقار لا في ولايته فالصحيح الجواز كما في "الخلاصة" و"البرازية"^(٢)، وإياك أن تفهم خلاف ذلك، فإنه غلط)) اهـ.

مطلب في الكلام على الرشوة والهدية

[٢٥٩٩٣] قوله: أخذَ القضاء برشوة بتثليث الرأى، "قاموس"^(٣). وفي "المصباح"^(٤): ((الرشوة بالكسر ما يعطيه الشخص الحاكم وغيره ليحكم له أو يحمله على ما يريد، جمعها: رشاً مثل: سدره وسيدر، والضّم لغة، وجمعها: رشاً بالضّم)) اهـ. وفيه^(٥): ((البرطيل بكسر الباء: الرشوة، وفتح الباء عامي))، وفي "الفتح"^(٦): ((ثمّ الرشوة أربعة أقسام: منها ما هو حرام على الآخذ والمُعطي، وهو الرشوة على تقليد القضاء والإمارة. الثاني: ارتشاء القاضي ليحكم، وهو كذلك ولو القضاء بحق؛ لأنه واجب عليه. الثالث: أخذ المال ليسوي أمره عند السلطان دفعاً للضرر أو جلباً للنفع، وهو حرام على الآخذ فقط. وحيلة حلها: أن يستأجره يوماً إلى الليل أو يومين، فتصير منافعة مملوكة، ثم يستعمله في الذهاب إلى السلطان للأمر الفلاني)).

قوله: وأما في عقار لا في ولايته فالصحيح الجواز وإن كان الصحيح الجواز لكن لا يصح التسليم، فلذا قال في "الهندية" من الباب العشرين من القضاء: ((بخاري ادعى داراً على سمرقندي عند قاضي بخاري أن الدار التي في يديه بسمرقند في محلّة كذا ملكي، وأقام البيّنة على دعواه، فالقاضي يقضي بالدار إلا أن التسليم لا يصح؛ لأن الدار ليست في ولايته، فيكتب إلى قاضي سمرقند لأجل التسليم، كذا في "المحيط")).
قوله: فالصحيح الجواز (إخ) لكن بشرط أن يكون في ولاية من قلده كما يأتي نقله عن "البرازية".

(١) "الخلاصة": كتاب القضاء - الفصل الأول في التقليد - الجنس الثالث في التقليد ق ١٩٤/ب بتصرف، وليس فيها قوله: ((على الصحيح)).

(٢) "البرازية": كتاب أدب القضاء - الفصل الأول في التقليد ١٣٨/٥ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) "قاموس": مادة ((رشو)).

(٤) "المصباح": مادة ((رشو)).

(٥) "المصباح": مادة ((برطل)).

(٦) "الفتح": كتاب أدب القاضي ٣٥٨/٦ - ٣٥٩.

وفي الأقضية قَسَمَ الهدية وجعلَ هذا من أقسامها، فقال: حلالٌ من الجانبين كالإهداء للتودُّد، وحرامٌ منهما كالإهداء ليعينه على الظلم، وحرامٌ على الآخذ فقط، وهو أن يُهدي ليَكفَّ عنه الظلم. والحيلة: أن يستأجره إلخ، قال - أي: في الأقضية -: هذا إذا كان فيه شرط، أما إذا كان بلا شرطٍ لكن يعلم يقيناً أنه إنما يُهدي ليعينه عند السلطان فمشايخنا على أنه لا بأس به، ولو قضى حاجته بلا شرطٍ ولا طمع فأهدى إليه بعد ذلك فهو حلالٌ لا بأس به، وما نُقِلَ عن "ابن مسعود" ^(١) من كراهته فورَع.

(١) روى شعبة وسفيان بن عيينة عن عمار الدُهني عن سالم بن أبي الجعد عن مسروق قال: سألتُ عبد الله عن السُّخْت، فقال: ((الرَّجُلُ يَطْلُبُ الْحَاجَةَ لِلرَّجُلِ فَيَقْضِيهَا فِيْهِدِي إِلَيْهِ فَيَقْبِلُهَا)).

أخرجه سعيد بن منصور في "السنن" (٧٤١)، وابن أبي شيبة في "المصنف" ١٠١/٥، وابن جرير الطبري في "التفسير" (١١٩٥٥) [المائدة/٤٢]، ومحمد بن خلف "وكيع" في "أخبار القضاء" ٤٠/١، والبيهقي في "الكبرى" ١٣٩/١، و"الشعب" (٥٥٠٤).

ولفظ سعيد بن سفيان: ((سألتُ ابنَ مسعودٍ عن السُّخْت، أهر الرُّشوةُ في الحُكْم؟ قال: لا، ومن لم يحكَمْ بما أنزَلَ الله فأولئك هم الكافرون، والظالمون، والفاسقون، ولكنَّ السُّخْتُ أن يَسْتَعِينَكَ رَجُلٌ عَلَى مَظْلَمَةٍ فِيْهِدِي لَكَ فَتَقْبِلَهُ، فذلك السُّخْتُ)).

ورواه شعبة ومعمّر والثوريّ وجرير عن منصور عن سالم بن أبي الجعد عن مسروق قال: ((جاء رجلٌ من أهل ديارنا، فاستعان مسروقاً على مَظْلَمَةٍ له عند ابن زياد فأعانه، فأتاه بجارية له بعد ذلك، فردّها عليه، وقال: إنني سمعتُ عبد الله يقول: هذا سُخْتٌ)).

أخرجه عبد الرزاق (١٤٦٦)، وابن جرير (١١٩٥٢) و(١١٩٥٤) و(١١٩٥٦) و(١١٩٧٤)، ووكيع في "أخبار القضاء" ٥٢/١، والبيهقي في "الكبرى" ١٣٩/١، وابن بطّة في "الإبابة" (١٠١٣). وعزاه في "الدر المنثور" إلى أبي الشيخ وابن المنذر.

ورواه بشر بن المفضل عن شعبة عن منصور وسليمان الأعشى عن سالم بن أبي الجعد عن مسروق به. أخرجه ابن جرير الطبري في "تفسيره" (١١٩٥٦).

ورواه عثمان بن عمر ومكي بن إبراهيم عن فطر بن خليفة عن منصور عن سالم عن مسروق قال: ((كنتُ جالساً عند عبد الله فقال له رجل: ما السُّخْتُ، الرُّشَا في الحُكْم؟ قال: ذاك الكفر. ثم قرأ ﴿وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ﴾)).

أخرجه مسدد في "مسنده"، والحاكم كما في "المطالب العالية" (٢٢٠٥)، وأبو يعلى (٥٢٤٤)، والبيهقي ١٣٩/١٠. ورواه يحيى بن آدم عن فطر بن خليفة عن سالم عن مسروق نحوه. لم يذكر منصوراً.

- أخرجه وكيع في "أخبار القضاة" ٥٢/١.

ورواه الأعمش عن سلمة بن كهيل عن سالم قال: قيل لعبد الله: ما السُّحْتُ؟ قال: الرِّشْوَةُ. قالوا: في الحكم؟ قال: ذاك الكفرُ! أخرجه ابن جرير (١١٩٥١).

ورواه عبد الملك بن أبي سليمان عن سلمة عن مسروق وعلقمة أنهما سالا ابن مسعود عن الرِّشْوَةِ فقال: هي السُّحْتُ. قالوا: في الحكم؟ قال: ذاك الكفرُ. ثم تلا هذه الآية: ﴿وَمَنْ لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ﴾. أخرجه ابن جرير (١١٩٦٥).

ورواه إسرائيل عن حكيم بن جبير عن سالم عن مسروق قال: سألت ابن مسعود عن السُّحْتِ؟ قال: الرِّشَاءُ. فقلت: في الحكم؟ فقال: ذاك الكفرُ. أخرجه ابن جرير (١١٩٦٣)، والطبراني (٩١٠١).

وروى زيد بن أبي أنيسة عن بكير بن مرزوق عن عبيد بن أبي الجعد عن مسروق عن عبد الله بن مسعود قال: ((مَنْ شَمِعَ لِرَجُلٍ لِيَدْفَعَهُ عَنْهُ مَظْلَمَةً، أَوْ يَرُدَّ عَلَيْهِ حَقًّا، فَأَهْدَى إِلَيْهِ هَدِيَّةً فَبَقِلَهَا، فَذَلِكَ السُّحْتُ))، فقلنا: يا أبا عبد الرحمن! إنا كنا نَعُدُّ السُّحْتَ الرِّشْوَةَ في الحكم.

فقال عبد الله: ﴿وَمَنْ لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ﴾.

أخرجه ابن أبي حاتم في "التفسير" (٦٣٨٢) [المائدة/٤٢].

ورواه عمارٌ وبكيرٌ بن أبي بكيرٍ والسُّدِّيُّ، والفاطهْمُ مُتَّفَاوَةً عَنْ أَبِي الصُّحَيْحِ مُسْلِمٍ بْنِ صُبَيْحٍ عَنْ مَسْرُوقٍ يَنْخُبُ رِوَايَةَ الثَّوْرِيِّ وَمُعَمَّرٍ عَنْ مَسْرُوقٍ عَنْ سَالِمٍ.

أخرجه ابن جرير الطبري (١١٩٦٦) و(١١٩٦٨)، والطبراني في "الكبير" (٩٠٩٨).

ورواية عبيدة عن عمار عن مسلم بن صبيح عن مسروق قال: سألت ابن مسعود عن السُّحْتِ، أهو الرِّشَاءُ في الحكم؟ فقال: ((لَا، مَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَهُوَ كَافِرٌ، وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَهُوَ ظَالِمٌ، وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَهُوَ فَاسِقٌ، وَلَكِنَّ السُّحْتَ يَسْتَعِينُكَ الرَّجُلُ عَلَى الْمَظْلَمَةِ فَتَعِينَهُ عَلَيْهَا، فَيُهْدِي نَكَالَ الْهَدِيَّةِ فَتَقْبَلُهَا)).

وروى خلف بن خليفة عن منصور بن زاذان عن الحكم عن أبي وائل عن مسروق قال: ((الْفَاضِي إِذَا أَكَلَ الْهَدِيَّةَ فَقَدْ أَكَلَ السُّحْتَ، وَإِذَا قَبِلَ الرِّشْوَةَ بَلَغَتْ بِهِ الْكُفْرُ)).

أخرجه النسائي في "المجتبى" ٣١٥/٨، و"الكبرى" (٥١٧٥) في الأشربة ذكر الرواية المبيّنة عن صلوات شارب

الخمر، وابن أبي حاتم في "التفسير" (٦٣٨٢) [المائدة/٤٢]، وكيع في "أخبار القضاة" ٥٣/١.

ورواه وكيع عن حرب بن إبراهيم عن إسماعيل عن الشعبي عن مسروق قال: قلنا لعبد الله: ما كنا نرى السُّحْتَ إِلَّا الرِّشْوَةَ في الحكم، قال عبد الله: ذاك الكفرُ.

أخرجه ابن جرير (١١٩٥٢)، وكيع في "أخبار القضاة" ٥١/١.

ورواه حماد بن يحيى عن أبي إسحاق عن أبي الأحوص عن عبد الله بن مسعود قال: الرِّشْوَةُ في الحكم كُفْرٌ، وهي بين الناس سُحْتُ.

أخرجه سعيد بن منصور في "السنن" (٧٤٠)، والطبراني في "الكبير" (٩١٠٠)، وكيع في "أخبار القضاة" ٥٢/١. =

للسُّلطان، أو لقومِهِ وهو عالمٌ بها،

الرابع: ما يُدْفَعُ لدَفْعِ الخَوَفِ مِنَ المدفوعِ إليه على نفسه أو ماله حلالٌ للدَّافعِ حرامٌ على الآخِذِ؛ لأنَّ دَفْعَ الضَّرَرِ عن المسلم واجبٌ، ولا يَحْزُرُ أَخْذُ المالِ لِيَفْعَلَ الواجبُ)) اهـ ما في "الفتح" مُلْخَصًا. وفي "الفتنة"^(١): ((الرَّشْوَةُ يَجِبُ رُدُّهَا، وَلَا تَمْلِكُ))، وفيها^(٢): ((دَفْعٌ للقاضي أو لغيرِهِ سَحَنًا لِإِصْلَاحِ الْمُهِمِّ، فَأَصْلَحَ ثُمَّ نَدِمَ يَرُدُّ مَا دَفَعَ إِلَيْهِ)) اهـ. وتأمَّلُ الكلامَ عليها في "البحر"^(٣)، ويأتي^(٤) الكلامُ على الهدية للقاضي، والمفتي، والعَمَّالِ.

[٢٥٩٩٤] (قوله: للسُّلطانِ صفةٌ لـ (رِشْوَةٍ))، أي: دَفَعَهَا القاضي له، وكذا لو دَفَعَهَا غيرُهُ كما في "البحر"^(٤) عن "البرازية"^(٥).

= روى عُبيدُ الله بن موسى عن أبي إسرائيل عن السُّدي عن عبد خير قال: سئل ابنُ مسعودٍ عن السُّخْتِ، قال: الرُّشَاءُ قلنا: في الحُكْمِ؟ قال: ذاك الكُفْرُ. أخرجه وكيعٌ في "أخبار القضاء" ٥٣/١. ورواه عبدُ الرِّزَّاق وسفيانُ الثَّوري عن عاصمٍ عن زَرِّ بْنِ حُبَيْشٍ قال: قال ابنُ مسعودٍ: السُّخْتُ الرُّشْوَةُ فِي الدِّينِ، قال سفيان: يعني في الحُكْمِ.

أخرجه عبدُ الرِّزَّاق (١٤٦٦٤)، وابنُ جريرٍ (١١٩٥٠) و(١١٩٥٧)، وابنُ أبي حاتمٍ في "التفسير" (٦٣٨١)، والطَّبْرَانِيُّ في "الكبير" (٩٠٩٩)، ووكيعٌ في "أخبار القضاء" ٥٠/١ و٥١، والقرطبي، وعبدُ بن حُميد، وابنُ المنذر، وأبو الشَّيخ كما في "الدر المنثور" [المائدة/٤٢].

وروى أبو زيادٍ القُصَيْمِيُّ عن أبي حُرَيْرٍ عن الشَّعْبِيِّ: ((أَنَّ رجلاً كان يُهْدِي إلى عمرَ بن الخطَّابِ كلَّ عامٍ رَجُلَ جَزورٍ، خاصَّمَ إليه يوماً، فقال: يا أميرَ المؤمنين! اتَّقِ بيننا قضاءً فَضلاً كما يُفَصِّلُ الرَّجُلُ من سائرِ الجَزورِ، ف قضى عمرُ عليه، وكتب إلى عَمَّالِهِ: ألا إنَّ الهدايا هي الرُّشَاءُ، فلا تَقْبَلَنَّ من أحدٍ هَدِيَّةً)). أخرجه وكيعٌ في "أخبار القضاء" ٥٥/١ - ٥٦، والبيهقي في "الكبرى" ١٣٨/١٠.

(١) "الفتنة": كتابُ الهبة - باب في الإباحة والنثار والرشوة والهدايا ق ٩٦/١/أ بتصرف، نقلًا عن القاضي عبد الجبار، والسمرقندي مجموعاته، و"السير الكبير"، وعلاء الدين الزاهدِي.

(٢) "البحر": كتاب القضاء ٢٨٥/٦ - ٢٨٦.

(٣) المقولة [٢٦٠٦٥] قوله: ((وَيُرَدُّ هَدِيَّةً)) وما بعدها.

(٤) "البحر": كتاب القضاء ٢٨٥/٦.

(٥) "البرازية": كتاب أدب القضاء - الفصل الأول في التقليد ١٣٦/٥ (هامش "الفتاوى الهندية").

أو شفاعة^(١)، "جامع الفصولين"^(٢) و"فتاوى ابن نجيم"^(٣)، (أو ارتشى) هو أو أعوانه بعلمه، "شُرْبِلَالِيَّة"^(٤) (وَحَكَمَ لَا يَنْفُذُ حُكْمُهُ).

[٢٥٩٩٥] (قوله: أو ارتشى) المناسب إسقاطه؛ لأنه يُغني عنه قوله: ((ولو كان عدلاً))، مع ما فيه من الإيهام كما تعرفه.

[٢٥٩٩٦] (قوله: لَا يَنْفُذُ حُكْمُهُ) فيه إيهام التسوية بين المسألين، مع أنه إذا أخذ القضاء بالرشوة لَا يصير قاضياً كما في "الكنز"^(٥). قال في "البحر"^(٦): ((وهو الصحيح، ولو قضى لم ينفذ، وبه يُفتى)) اهـ، ومثله في "الدرر"^(٧) عن "العمادية". وأمّا إذا ارتشى - أي: بعد صحة توليته، سواء ارتشى ثم قضى، أو قضى ثم ارتشى كما في "الفتح"^(٨) - فحكى في "العمادية" فيه ثلاثة أقوال: ((قيل: إن قضاءه نافذ فيما ارتشى فيه وفي غيره، وقيل: لَا ينفذ فيه، وينفذ فيما سواه، واختاره السرخسي^(٩)))، وقيل: لَا ينفذ فيهما، والأول اختاره "البردوي"، واستحسنه في "الفتح"^(١٠)؛ لأنّ حاصل أمر الرشوة فيما إذا قضى بحق إيجاب فسقه وقد فرض أنه لَا يُوجب العزل،

(قوله: المناسب إسقاطه؛ لأنه يُغني عنه قوله: ولو كان عدلاً إلخ) ما يأتي في استحقاق العزل، وهو لَا يُفيد عدم النفاذ، فلا بدّ من ذكر ما هنا، تأمل.

(١) في "ب" و"و" و"ط": ((أو بشفاعته))، وما أثبتاه من "د" موافق لما أحال إليه ابن عابدين رحمه الله في المقولة [٢٥٩٩٨].

(٢) "جامع الفصولين": الفصل الأول في القضاء وما يتصل به إلخ ١٣/١.

(٣) "فتاوى ابن نجيم": كتاب القضاء ص ١٤٠ - (هامش "الفتاوى الغياية").

(٤) "الشربلالية": كتاب القضاء ٤٠٥/٢ - (هامش "الدرر والغرر").

(٥) انظر "شرح العيني على الكنز": كتاب القضاء ٨٣/٢.

(٦) "البحر": كتاب القضاء ٢٨٤/٦.

(٧) "الدرر والغرر": كتاب القضاء ٤٠٤/٢.

(٨) "الفتح": كتاب أدب القاضي ٣٥٨/٦ - ٣٥٩.

(٩) لم نثر عليه في كتب السرخسي التي بين أيدينا.

(١٠) "الفتح": كتاب أدب القاضي ٣٥٨/٦.

فولايته قائمة وقضاؤه بحق، فلم لا ينفذ؟ وخصوص هذا الفسق غير مؤثر. وغاية ما وجه أنه إذا ارتشى عامل لنفسه معنى، والقضاء عمل لله تعالى)) اهـ.

قال في "النهر" ^(١) "تبعاً لـ"البحر" ^(٢): ((وأنت خير بأن كون خصوص هذا الفسقي غير مؤثر ممنوع، [١/١٩٨٣/٣] بل يؤثر بملاحظة كونه عملاً لنفسه، وبهذا يترجح ^(٣) ما اختاره "السرخسي". وفي "الخانية" ^(٤): أجمعوا أنه إذا ارتشى لا ينفذ قضاؤه فيما ارتشى فيه)) اهـ.

قلت: حكاية الإجماع منقوضة بما اختاره "البردوي" واستحسنه في "الفتح" ^(٥)، وينبغي اعتماؤه للضرورة في هذا الزمان، ولأن بطلت جميع القضايا الواقعة الآن؛ لأنه لا تخلو قضية عن أخذ القاضي الرشوة المسماة بالمحصول قبل الحكم أو بعده، فيلزم تعطيل الأحكام. وقد مر ^(٦) عن صاحب "النهر" في ترجيح أن الفاسق أهل للقضاء أنه لو اعتبر العدالة لانسد باب القضاء، فكذا يقال هنا، وانظر ما سنذكره في أول باب التحكيم ^(٧). وفي "الحامدية" ^(٨) عن "جواهر الفتاوى": ((قال شيخنا وإمامنا "جمال الدين الزيدي" ^(٩): أنا متحير في هذه المسألة، لا أقدّر أن

(قوله: وغاية ما وجه أنه إذا ارتشى إلخ) كأنه فهم من توجيههم أنه إذا ارتشى لم يقصد وجه الله تعالى بهذه العبادة، بل قصد نفع نفسه، وهذا لا يقتضي بطلان ذلك العمل، بل ثوابه، مع أن هذا ليس مرادهم، بل المراد أن يكون حاكماً لنفسه، والقضاء لنفسه باطل).

(١) "النهر": كتاب أدب القاضي ٢٧٧/٤.

(٢) "البحر": كتاب القضاء ٢٨٥/٦.

(٣) في "ك": ((ترجح)).

(٤) "الخانية": كتاب الدعوى والبيئات ٣٦٢/٢ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٥) "الفتح": كتاب أدب القاضي ٣٥٨/٦.

(٦) المقولة [٢٥٩٣٩] قوله: ((والفاسق أهلها)).

(٧) المقولة [٢٦٤٨٢] قوله: ((حاكماً)).

(٨) انظر "العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية": كتاب القضاء ٣٠٣/١.

(٩) في النسخ جميعها تبعاً لـ "الحامدية": ((البردوي)) وهو تحريف، ففي ترجمة صاحب "جواهر الفتاوى" أنه ينقل عن فتاوى جمال الدين الزيدي، واليزدي هو أبو سعيد المطهر بن الحسن - وقيل الحسين - قاضي القضاة (ت ٥٩١هـ)، له شرح على "الجامع الصغير"، و"مختصر القدوري"، وله "الفتاوى". انظر "الجواهر المضية" ٤٨٥/٣، و"الفوائد البهية" ص ٢١٥.

ومنه: ما لو جعلَ لَمَوْلِيهِ مَبْلَغًا فِي كُلِّ شَهْرٍ يَأْخُذُهُ مِنْهُ وَيُفَوِّضُ إِلَيْهِ قَضَاءَ نَاحِيَةٍ، "فتاوى المصنف" (١)، لكن في "الفتح" (٢): ((مَنْ قَلَّدَ بِوَاسِطَةِ الشُّفْعَاءِ كَمَنْ قَلَّدَ احْتِسَابًا))، ومثله في "البيزانية" (٣) بزيادة: ((وَأِنْ لَمْ يَحِلَّ الطَّلَبُ بِالشُّفْعَاءِ)). (ولو) كان عَدْلًا ففَسَقَ بِأَخْذِهَا) أو بغيره (٤)،

أقول: تنفذُ أحكامهم؛ لما أرى من التخليط والجَهلِ والجَراءِ فيهم، ولا أقدرُ أن أقول: لا تنفذُ؛ لأنَّ أهلَ زماننا كذلك، فلو أَقْبِتُ بالبطلانِ أدَّى إلى إبطالِ الأحكامِ جميعاً. يحكُمُ الله تعالى بيننا وبين قضاةِ زماننا، أفسدوا علينا ديننا وشرِيعَةَ نَبِيِّنا ﷺ، لم يبقَ مِنْهُمْ إِلَّا الاسْمُ والرَّسْمُ) اهـ. هذا في قضاةِ ذلك الزَّمانِ، فما بالك في قضاةِ زماننا، فإنَّهم زادوا على مَنْ قَبْلَهُمْ باعتقادهم حِلًّا ما يأخذونه مِنَ المَحْصُولِ بزعمهم الفاسدُ أَنَّ السُّلْطَانَ يَأْذَنُ لَهُمْ بِذلك، وَسَمِعْتُ مِنْ بَعْضِهِمْ أَنَّ المَوْلَى "أبا السَّعُودِ" أَفْتَى بِذلك، وَأُظُنُّ أَنَّ ذلكَ افْتِرَاءٌ عَلَيْهِ، وَانْظُرْ مَا سَنَذْكُرُهُ (٥) قَبِيلَ كِتَابِ الشَّهَادَاتِ، وَلَا حَوْلَ وَلَا قُوَّةَ إِلَّا بِاللَّهِ العَلِيِّ العَظِيمِ.

[٢٥٩٩٧] (قوله: ومنه إلخ) أي: من قسم أخذ القضاء بالرشوة، وهذا يُسمى الآن مقاطعة والتزاماً، بأن يكون على رجل قضاء ناحية، فيُدْفَعَ لَهُ آخَرُ شَيْئاً معلوماً ليقضي فيها ويستقل بجميع ما يحصله من المَحْصُولِ لنفسه، وذكر في "الخيرية" (٦) في شأنهم نظماً يصرحُ بكفرهم.

[٢٥٩٩٨] (قوله: لكن في "الفتح" إلخ) استدراك على قوله (٧): ((أو شفاعة)).

[٢٥٩٩٩] (قوله: أو بغيره) كزناً أو شُرْبِ خمر.

(١) "فتاوى المصنف": فصل من كتاب القضاء ق ٥٩/٥.

(٢) "الفتح": كتاب أدب القاضي ٣٥٩/٦.

(٣) "البيزانية": كتاب أدب القضاء - الفصل الأول في التقليد ١٣٦/٥ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) في "و": ((بغيرها)).

(٥) المقولة [٢٦٧٦٢] قوله: ((في "الأشباه"))، والمقولة [٢٦٧٦٣] قوله: ((والأوقاف)).

(٦) "الفتاوى الخيرية": كتاب أدب القاضي ٧/٢ - ٨.

(٧) ص ٢٨٦ - "در".

وَحَصَّهَا لِأَنَّهَا الْمُعْظَمُ (اسْتَحَقَّ الْعَزْلَ) وَجَوِبًا، وَقِيلَ: يَنْعَزِلُ، وَعَلَيْهِ الْفَتْوَى،
"ابن الكمال" و"ابن مَلَكٍ"^(١). وفي "الخلاصة"^(٢) عن "النَّوَادِر": ((لو فسق، أو ارتدَّ،
أو عمي، ثُمَّ صَلَحَ، أو أَبْصَرَ فَهُوَ عَلَى قَضَائِهِ.....

[٢٦٠٠٠] (قوله: لِأَنَّهَا الْمُعْظَمُ) أي: مُعْظَمُ مَا يَفْسُقُ بِهِ الْقَاضِي، "نهر"^(٣).

[٢٦٠٠١] (قوله: اسْتَحَقَّ الْعَزْلَ)^(٤) هذا ظاهرُ المذهب، وعليه مَشَايخُنَا الْبُخَارِيُّونَ
وَالسَّمَرْقَنْدِيُّونَ. ومعناه: أَنَّهُ يَجِبُ عَلَى السُّلْطَانِ عَزْلُهُ، ذَكَرَهُ فِي "الفصول"، وَقِيلَ: إِذَا وَلَّى
عَدْلًا ثُمَّ فَسَقَ انْعَزَلَ؟ لِأَنَّ عَدْلَانَهُ مَشْرُوطَةٌ مَعْنَى؛ لِأَنَّ مُوَلَّيَهُ اعْتَمَدَهَا فَيَزُولُ بِزَوَالِهَا. وفيه:
أَنَّهُ لَا يَلِزُ مِنْ اعْتِبَارِ وَلَايَتِهِ لِمَصْلَحَتِهِ تَقْيِيدُهَا بِهِ عَلَى وَجْهِ تَزَوُّلِ بَرَوَالِهِ، "فتح"^(٥) مُلْخَصًا.
[٢٦٠٠٢] (قوله: وَقِيلَ: يَنْعَزِلُ، وَعَلَيْهِ الْفَتْوَى) قَالَ فِي "الْبَحْرِ"^(٦) بَعْدَ نَقْلِهِ: ((وَهُوَ
غَرِيبٌ، وَالْمَذْهَبُ خِلَافُهُ)).

[٢٦٠٠٣] (قوله: ثُمَّ صَلَحَ) أي: بِالطَّاعَةِ أَوْ الْإِسْلَامِ، "ط"^(٧).

[٢٦٠٠٤] (قوله: فَهُوَ عَلَى قَضَائِهِ) مُخَالَفٌ لِمَا فِي "الْبَحْرِ"^(٨) عَنْ "الْبِرَازِيَّةِ"^(٩): ((أَرْبَعُ
خِصَالٍ إِذَا حَلَّتْ بِالْقَاضِي انْعَزَلَ: فَوَاتُ السَّمْعِ، أَوْ الْبَصَرِ، أَوْ الْعَقْلِ، أَوْ الدِّينِ)) اهـ، لَكِنْ قَالَ
بَعْدَهُ^(١٠): ((وَفِي "الْوَأَقَعَاتِ الْحُسَامِيَّةِ": الْفَتْوَى عَلَى أَنَّهُ لَا يَنْعَزِلُ بِالرَّدِّ، فَإِنَّ الْكُفْرَ لَا يُنَاقِي ابْتِدَاءً

(١) فِي "د" وَ"و": ((الْمَلِك)).

(٢) "الخلاصة": كِتَابُ الْقَضَاءِ - الْفَصْلُ الْأَوَّلُ فِي التَّقْلِيدِ - الْجِنْسُ الثَّانِي فِي الْمَقْلَدِ ١٩٤/١، بِتَصْرِفٍ.

(٣) "النهر": كِتَابُ الْقَضَاءِ ٤٢٧/١.

(٤) فِي "م": ((الْغَزْلُ)) بِالْفِعْلِ الْمَعْجَمَةِ، وَهُوَ خَطَأٌ.

(٥) "الفتح": كِتَابُ أَدَبِ الْقَاضِي ٣٥٨/٦.

(٦) "البحر": كِتَابُ الْقَضَاءِ ٢٨٤/٦.

(٧) "ط": كِتَابُ الْقَضَاءِ ١٧٨/٣.

(٨) "البحر": كِتَابُ الْقَضَاءِ ٢٨٢/٦.

(٩) "البرازية": كِتَابُ أَدَبِ الْقَضَاءِ - الْفَصْلُ الْأَوَّلُ فِي التَّقْلِيدِ ١٣٨/٥ (هَامِشُ "الفتاوى الهندية").

(١٠) أي: صَاحِبُ "البحر": كِتَابُ الْقَضَاءِ ٢٨٢/٦.

وما قضى في فسقه ونحوه باطل))، واعتمده في "البحر". وفي "الفتح"^(١): ((اتفقوا في الإمارة والسلطنة على عدم الانزال بالفسق؛ لأنها مبنية على القهر والغلبة)). لكن في أول دعوى "الخانية": ((والي كالقاضي))، فليحفظ.

القضاء في إحدى الروايتين))، ثم قال^(٢): ((وبه علمت أن ما مر^(٣) على خلاف المفتى به. وفي "الولولجية"^(٤): إذا ارتد، أو فسق ثم صلح فهو على حاله؛ لأن الارتداد فسق، وبنفس الفسق لا يعزل إلا أن ما قضى في حال الردة باطل)) اهـ.

قلت: وظاهر ما في "الولولجية" أن ما قضاه في حال الفسق نافذ، وهو الموافق لما مر^(٥)، إلا أن يراد بالفسق في عبارة "الخلاصة" الفسق بالرشوة، تأمل.

[٢٦٠٠٥] قوله: واعتمده في "البحر" فيه: أن الذي اعتمده في "البحر"^(٦) هو قوله: ((فصار الحاصل: أنه إذا فسق لا يعزل، وتنفذ فضاياه إلا في مسألة، هي: ما إذا فسق بالرشوة، فإنه لا ينفذ في الحادثة التي أخذ بسببها))، قال^(٧): ((وذكر "الطرسوسي"^(٨): أن من قال باستحقاقه العزل^(٩) قال بصحة أحكامه، ومن قال بعزله قال بطلانها)) اهـ.

مطلب: السلطان يصير سلطاناً بأميرين

[٢٦٠٠٦] قوله: لكن في أول [ب/١٩٨٣/٣] دعوى "الخانية" إلخ حيث قال^(١٠) - كما في "البحر"^(١١) -: ((والي إذا فسق فهو بمنزلة القاضي يستحق العزل ولا يعزل)) اهـ.

(١) "الفتح": كتاب أدب القاضي ٣٥٨/٦.

(٢) أي: صاحب "البحر": كتاب القضاء ٢٨٢/٦ - ٢٨٣ بتصرف.

(٣) أي: من نقله عن "البرازية"، كما أوضحه ابن عابدين رحمه الله في "منحة الخالق": كتاب القضاء ٢٨٢/٦.

(٤) "الولولجية": كتاب القضاء - الفصل الأول فيما ينفذ قضاء القاضي وفيما لا ينفذ ٣٤/٤ باختصار.

(٥) ص ٢٨٩ - "در".

(٦) "البحر": كتاب القضاء ٢٨٤/٦.

(٧) أي: صاحب "البحر".

(٨) "أنفع الوسائل": الاجتهاد شرط الأولوية ص ٣١ -.

(٩) في "٣": ((بالاستحقاق للعزل)).

(١٠) "الخانية": كتاب الدعوى والبيانات ٣٦٢/٢ (هامش "الفتاوى الهندية").

(١١) "البحر": كتاب القضاء ٢٨٤/٦.

(وينبغي أن يكون.....)

وأنت خيرٌ بأنَّ هذا لا يُخالِفُ ما في "الفتح"، فافهم. نَعَمْ نَقَلَ في "البحر"^(١) عن "الخاتية"^(٢) أيضاً من الرَّدِّ: ((أَنَّ السُّلْطَانَ يَصِيرُ سُلْطَاناً بِأَمْرَيْنِ: بِالْمَبَايَعَةِ مَعَهُ مِنَ الْأَشْرَافِ وَالْأَعْيَانِ، وبأنَّ يَنْفِذَ حُكْمَهُ عَلَى رَعِيَّتِهِ خَوْفاً مِنْ قَهْرِهِ، فَإِنْ بُويعَ وَلَمْ يَنْفِذْ فِيهِمْ حُكْمَهُ لِعِزِّهِ عَنْ قَهْرِهِمْ لَا يَصِيرُ سُلْطَاناً، فإذا صار سُلْطَاناً بِالْمَبَايَعَةِ فَجَارٌ: إِنْ كَانَ لَهُ قَهْرٌ وَغَلْبَةٌ لَا يَنْعَزِلُ؛ لِأَنَّهُ لَوْ انْعَزَلَ يَصِيرُ سُلْطَاناً بِالْقَهْرِ وَالْغَلْبَةِ فَلَا يُفِيدُ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ قَهْرٌ وَغَلْبَةٌ يَنْعَزِلُ)) اهـ. فكان المناسب الاستدراك بهذه العبارة الثانية؛ لِيُفِيدَ حَمْلَ ما في "الفتح" على ما إذا كان له قَهْرٌ وَغَلْبَةٌ.

[٢٦٠٠٧] (قوله): وينبغي أن يكون (إلح) ويكون شديداً من غير عُنفٍ، لِيَنَّا مِنْ غَيْرِ ضَعْفٍ؛ لِأَنَّ الْقَضَاءَ مِنْ أَهَمِّ أُمُورِ الْمُسْلِمِينَ، فَكُلُّ مَنْ كَانَ أَعْرَفَ، وَأَقْدَرَ، وَأَوْجَهَ، وَأَهْيَبَ، وَأَصْبَرَ عَلَى مَا يُصِيبُهُ مِنَ النَّاسِ كَانَ أَوْلَى، وَينبغي للسُّلْطَانِ أَنْ يَتَحَصَّنَ فِي ذَلِكَ وَيُوَلِّيَ مَنْ هُوَ أَوْلَى؛ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: ((مَنْ قَلَّدَ إِنْسَانًا عَمَلًا وَفِي رَعِيَّتِهِ مَنْ هُوَ أَوْلَى فَقَدْ خَانَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَجَمَاعَةَ الْمُسْلِمِينَ))^(٣)،

(١) "البحر": كتاب القضاء ٢٨٤/٦ باختصار.

(٢) "الخاتية": كتاب السِّرِّ - باب الرِّدَّةِ وَأحكام أهلها - فصل فيما يطلعه الارتداد ٥٨٤/٣ بتصرف (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) روى عَفَّانٌ وَيزِيدُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ الْوَاسِطِيُّ وَوَهْبُ بْنُ بَقِيَّةٍ وَمُسَدَّدٌ، كُلُّهُمْ عَنْ خَالِدِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ عَنْ حُسَيْنِ بْنِ قَبِيصِ الرُّحْبِيِّ عَنْ عِكْرَمَةَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ: ((مَنْ اسْتَعْمَلَ رَجُلًا عَلَى عِصَابَةٍ، وَفِي تِلْكَ الْعِصَابَةِ مَنْ هُوَ أَرْضَى لِلَّهِ مِنْهُ، فَقَدْ خَانَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ، وَخَانَ جَمَاعَةَ الْمُسْلِمِينَ)).

أخرجه ابنُ أَبِي عَاصِمٍ فِي "السُّنَّةِ" (١٤٦٢)، وَالْعُقَيْلِيُّ فِي "الصُّفْءِ" ٢٤٨/١، وَابْنُ عَبْدِ يَلَى فِي "الكَامِلِ" ٣٥٢/٢، وَالطَّبْرَانِيُّ فِي "الْكَبِيرِ" (١١٥٣٤)، وَالْحَاكِمُ فِي "المستدرک" ٩٢/٤ - ٩٣، وَقَالَ: صَحِيحُ الْإِسْنَادِ وَتَعَقُّبُهُ الذَّهَبِيُّ بِأَنَّ حُسَيْنًا ضَعِيفٌ. وَقَالَ الْعُقَيْلِيُّ: وَهَذَا يُرَوَّى مِنْ كَلَامِ عَمْرِو.

وَزَادَ عَبْدُ اللَّهِ وَابْنُ أَبِي عَاصِمٍ وَمَعَاذُ بْنُ الْمُثَنَّى عَنْ وَهْبٍ: ((مَنْ مَشَى إِلَى سُلْطَانِ اللَّهِ فِي الْأَرْضِ لِيُذِلَّهُ، أَذَلَّ اللَّهَ رَقَبَتَهُ قَبْلَ يَوْمِ الْقِيَامَةِ مَعَ مَا ذَكَرَ لَهُ مِنَ الْعَذَابِ، وَسُلْطَانُ اللَّهِ: كِتَابُ اللَّهِ، وَسُنَّةُ نَبِيِّهِ ﷺ)).

وَحُسَيْنُ بْنُ قَبِيصِ الرُّحْبِيِّ، وَيَلْقَبُهُ النِّمِيُّ بِحَنْشٍ: وَإِذَا تَمَثَّقَ عَلَى ضَعْفِهِ، قَالَ أَحْمَدُ: مَتْرُوكُ الْحَدِيثِ، ضَعِيفُ الْحَدِيثِ، لَا أَرَوِي عَنْهُ شَيْئًا، وَقَالَ النَّسَائِيُّ فِي رَوَايَةٍ، وَالدَّارِقُطِيُّ: مَتْرُوكٌ. وَضَعَفَهُ أَبُو زُرْعَةَ وَابْنُ مَعِينٍ، وَقَالَ الْبُخَارِيُّ: لَا يُكْبَرُ حَدِيثُهُ، وَقَالَ الْجَوْزْجَانِيُّ: أَحَادِيثُهُ مُتَكَرِّرَةٌ جَدًّا، وَقَالَ مُسْلِمٌ: مُتَكَرِّرُ الْحَدِيثِ.

وَرَوَى سُلَيْمَانُ التَّمِيمِيُّ عَنْ حَنْشٍ عَنْ عِكْرَمَةَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ قَالَ: ((مَنْ أَعَانَ بِاطْلًا لِيُدْحِضَ بَيَاطِلَهُ حَقًّا، فَقَدْ بَرَّتَ مِنْهُ ذِمَّةُ اللَّهِ وَذِمَّةُ رَسُولِهِ ﷺ)).

أخرجه الطَّبْرَانِيُّ فِي "الْكَبِيرِ" (١١٥٣٩)، وَالْحَاكِمُ فِي "المستدرک" ١٠٠/٤، وَقَالَ: صَحِيحُ الْإِسْنَادِ، وَتَعَقُّبُهُ الذَّهَبِيُّ بِتَضَعُّفِ حُسَيْنِ بْنِ قَبِيصٍ.

ورواه خالدٌ وعليُّ بنُ عاصمٍ عن أبي عليٍّ حسينِ الرضِيِّ عن عكرمةَ عن ابنِ عباسٍ عن النبيِّ ﷺ: ((مَنْ مَشَى إِلَى سُلْطَانِ اللَّهِ فِي الْأَرْضِ لِيُذِلَّهُ، أَذَلَّ اللَّهُ رَفِيقَهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ مَعَ مَا يُدْخِرُ لَهُ فِي الْآخِرَةِ)). أخرجه الطبراني في "الكبير" (١١٥٣٤). وقال: وزاد مسلمٌ: ((وسُلْطَانُ اللَّهِ: كِتَابُ اللَّهِ، وَسُنَّةُ نَبِيِّهِ ﷺ)).

ورواه ابنُ كهيعذة عن يزيد بن أبي حبيبٍ عن عكرمةَ عن ابنِ عباسٍ عن النبيِّ ﷺ يقول: ((مَنْ اسْتَعْمَلَ عَامِلًا مِنْ مُسْلِمِينَ وَهُوَ يَعْلَمُ أَنَّ فِيهِمْ أَوَّلَى بِذَلِكَ مِنْهُ وَأَعْلَمَ بِكِتَابِ اللَّهِ وَسُنَّةِ نَبِيِّهِ ﷺ فَقَدْ خَانَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَجَمِيعَ الْمُسْلِمِينَ)). أخرجه البيهقي في "الكبرى" ١١٨/١٠.

وروى محمد بن بكَّار حدثنا إبراهيم بن زياد القُرشيُّ - وفي حديثه نكرة، أحدُ المحوّلين - عن خُصيفٍ عن عكرمةَ عن ابنِ عباسٍ عن النبيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: ((مَنْ أَعَانَ عَلَى بَاطِلٍ لِيُدْخَسَ بِبَاطِلِهِ حَقًّا فَقَدْ بَرَّيَ مِنْ دِمَّةِ اللَّهِ وَدَمَى رَسُولَهُ، وَمَنْ مَشَى إِلَى سُلْطَانِ اللَّهِ فِي الْأَرْضِ لِيُذِلَّهُ أَذَلَّ اللَّهُ رَفِيقَهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ - أَوْ قَالَ: إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ، مَعَ مَا يُدْخِرُ لَهُ مِنْ خَيْرٍ يَوْمَ الْقِيَامَةِ، وَسُلْطَانُ اللَّهِ فِي الْأَرْضِ كِتَابُ اللَّهِ وَسُنَّةُ نَبِيِّهِ، وَمَنْ اسْتَعْمَلَ رَجُلًا وَهُوَ يُجِدُّ غَيْرَهُ خَيْرًا مِنْهُ وَأَعْلَمَ مِنْهُ بِكِتَابِ اللَّهِ وَسُنَّةِ نَبِيِّهِ فَقَدْ خَانَ اللَّهَ وَالْمُؤْمِنِينَ، وَمَنْ وَلِيَ مِنْ أَمْرِ الْمُسْلِمِينَ شَيْئًا لَمْ يَنْظُرِ اللَّهُ لَهُ فِي حَاجَةٍ حَتَّى يَنْظُرَ فِي حَاجَتِهِمْ وَيُوَدِّيَ إِلَيْهِمْ حَقُّوْقَهُمْ، وَمَنْ أَكَلَ دَرَاهِمَ رَبٍّ كَانَ عَلَيْهِ مِثْلُ إِمِّ سِتٍّ وَثَلَاثِينَ زَنْةً فِي الْإِسْلَامِ، وَمَنْ نَبَتَ لِحْمَةً مِنْ سُخْتٍ فَلَنَارُ أَوَّلَى بِهِ)).

أخرجه الخطيب في "تاريخ بغداد" ٧٦/٦. قال البخاري: لا يصح إسنادُه، وإبراهيم بن زياد: لا يُعرف من ذا؟
ورواه سعيد بنُ رَحْمَةَ البَصِيصِيُّ عن محمد بن جهمير عن إبراهيم بن أبي عتبة عن عكرمةَ عن ابنِ عباسٍ عن النبيِّ ﷺ: ((مَنْ أَعَانَ ظَالِمًا لِيُدْخَسَ بِهِ حَقًّا فَقَدْ بَرَّيَ مِنْ دِمَّةِ اللَّهِ وَدَمَى رَسُولَهُ، وَمَنْ أَكَلَ دَرَاهِمَ مِنْ رَبٍّ فَهُوَ مِثْلُ ثَلَاثٍ وَثَلَاثِينَ زَنْةً، وَمَنْ نَبَتَ لِحْمَةً مِنَ السُّخْتِ فَلَنَارُ أَوَّلَى بِهِ)). أخرجه الطبراني في "الأوسط" (٢٩٦٨)، وابن حبان في "المحروحين" ١/٣٢٤.
قال ابنُ حبان: سعيد بنُ رَحْمَةَ البَصِيصِيُّ يروي عن محمد بن جهمير ما لا يتابعُ عليه، لا يجوز الاحتجاجُ به؛ لِمُخَالَفَتِهِ الْأَثْبَاتِ فِي الرُّوَايَاتِ.

ورواه أبو محمد الجَزَرِيُّ وهو حمزةُ النَّصِيبِيُّ عن عمرو بن دينارٍ عن ابنِ عباسٍ قال رسولُ اللَّهِ ﷺ: ((مَنْ أَعَانَ بَاطِلًا لِيُدْخَسَ بِبَاطِلِهِ حَقًّا فَقَدْ بَرَّيَ مِنْ دِمَّةِ اللَّهِ وَدَمَى رَسُولَهُ، وَمَنْ مَشَى إِلَى سُلْطَانِ اللَّهِ فِي الْأَرْضِ لِيُذِلَّهُ أَذَلَّ اللَّهُ، مَعَ مَا يُدْخِرُ لَهُ مِنْ خَيْرٍ يَوْمَ الْقِيَامَةِ، وَسُلْطَانُ اللَّهِ: كِتَابُ اللَّهِ وَسُنَّةُ نَبِيِّهِ، وَمَنْ تَوَلَّى مِنْ أَمْرِ الْمُسْلِمِينَ شَيْئًا فَاسْتَعْمَلَ عَنْهُمْ رَجُلًا وَهُوَ يَعْلَمُ أَنَّ فِيهِمْ مَنْ هُوَ أَوَّلَى بِذَلِكَ وَأَعْلَمَ مِنْهُ بِكِتَابِ اللَّهِ وَسُنَّةِ رَسُولِهِ وَجَمِيعِ الْمُؤْمِنِينَ، وَمَنْ تَرَكَ حَوَائِجَ النَّاسِ لَمْ يَنْظُرِ اللَّهُ فِي حَاجَتِهِ حَتَّى يَقْضِيَ حَوَائِجَهُمْ وَيُوَدِّيَ إِلَيْهِمْ بِحَقِّهِمْ، وَمَنْ أَكَلَ دَرَاهِمَ رَبٍّ فَهُوَ مِثْلُ ثَلَاثٍ وَثَلَاثِينَ زَنْةً، وَمَنْ نَبَتَ لِحْمَةً مِنْ سُخْتٍ فَلَنَارُ أَوَّلَى بِهِ)).

أخرجه الطبراني في "الكبير" (١١٢١٦).

وحمزة بنُ أبي حمزة النَّصِيبِيُّ الجَزَرِيُّ: قال أحمد: مطروح الحديث، قال ابنُ معين: لا يساوي فلاناً، وقال البخاري: مُتَكَرِّرُ الْحَدِيثِ، وقال الدارقطني: متروك، وقال ابنُ عدي: وكلُّ ما يرويه أو عاينته منأكبر موضوعاً، والبلاءُ منه ليس يَمَنُّ يروي عنه، ولا يَمَنُّ يروي هو عنهم، وقال: يضع الحديث.

وله شاهد من حديثٍ حذيفة: فقال الزُّبَيْعِيُّ في "نصب الرأية" ٦٢/٤: رواه أبو يعلى الموصلي في "مسنده"، حدثنا أبو وإلي خالد بنُ محمد البصري ثنا عبدُ اللَّهِ بن بكر السَّهْمِيُّ ثنا خُلف بن خُلف عن إبراهيم بن سالم عن عمرو بن ضرار عن حذيفة عن النبيِّ ﷺ قال: ((أَيُّمَا رَجُلٍ اسْتَعْمَلَ رَجُلًا عَلَى عَشْرَةِ أَنْفُسٍ وَعَلِمَ أَنَّ فِي الْعَشْرَةِ مَنْ هُوَ أَفْضَلُ مِنْهُ فَقَدْ غَشَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَجَمَاعَةَ الْمُسْلِمِينَ)).

مَوْثُوقًا بِهِ فِي عَفَافِهِ، وَعَقْلِهِ، وَصَلَاحِهِ، وَفَهْمِهِ، وَعِلْمِهِ بِالسُّنَنِ وَالْآثَارِ وَوُجُوهِ الْفَقْهِ،

"بحر"^(١). ومثله في "الزَّلِيلِي"^(٢)، فقولُهُ: ((وينبغي)) بمعنى: يُطَلَّبُ، أي: المطلوبُ منه أنْ تكونَ صفتهُ هكذا. وقولُهُ: ((كان أولى))، أي: أَحَقُّ، وهذا لا يَدُلُّ على أنَّ ذلكَ مُسْتَحَبٌّ، فإنَّ الحديثَ يَدُلُّ على إثمِ السُّلْطَانِ بِتَوَلِيهِ^(٣) غَيْرِ الْأَوَّلَى، فافهم.

[٢٦٠٠٨] (قوله: مَوْثُوقًا بِهِ) أي: مُؤْتَمَنًا، مِنْ وَثِقْتُ بِهِ أَثِقُ - بكسرهما - ثِقَةً وَوُثُوقًا: اتَّيَمَّنْتُهُ.

والعَفَافُ: الْكَفُّ عَنِ الْمَحَارِمِ وَخَوَارِمِ الْمَرْوَةِ. والمرادُ بِالْوُثُوقِ عَقْلُهُ كَوْنُهُ كَامِلَةً، فَلَا يُؤَلَّى الْأَخْفُ، وَهُوَ نَاقِصُ الْعَقْلِ.

مطلبٌ في تفسيرِ الصَّلَاحِ وَالصَّالِحِ^(٤)

وَالصَّلَاحُ: خِلَافُ الْفَسَادِ، وَفَسَّرَ "الْخَصَافُ"^(٥) الصَّالِحَ: ((مَنْ كَانَ مُسْتَوْرًا غَيْرَ مَهْتَوِكٍ وَلَا صَاحِبَ رِيَّةٍ، مُسْتَقِيمَ الطَّرِيقَةِ، سَلِيمَ النَّاحِيَةِ، كَامِنَ الْأَذَى، قَلِيلَ السُّوءِ، لَيْسَ تُعَاقَرُ لِلنَّبِيذِ وَلَا يُنَادِمُ عَلَيْهِ الرِّجَالُ، وَلَيْسَ بِقَذَافٍ لِلْمُحْصَنَاتِ، وَلَا مَعْرُوفًا بِالْكَذِبِ، فَهَذَا عِنْدَنَا مِنْ أَهْلِ الصَّلَاحِ)) اهـ. والمرادُ بِعِلْمِ السُّنَةِ: مَا ثَبَتَ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ قَوْلًا وَفِعَالًا وَتَقْرِيرًا عِنْدَ أَمْرٍ يُعَانِيهِ. وَيُوجُوهُ الْفَقْهِ: طَرَفُهُ، "بحر"^(٦) مُلَخَّصًا. وَالْأَثَرُ - كَمَا قَالَ "السَّخَاوِيُّ"^(٧): - ((لُغَةً: الْبَقِيَّةُ، وَاصْطِلَاحًا: الْأَحَادِيثُ مَرْفُوعَةً أَوْ مَوْقُوفَةً عَلَى الْمُعْتَمَدِ وَإِنْ قَصَرَهُ بَعْضُ الْفُقَهَاءِ عَلَى الثَّانِي)).

(قولُ "المُصَنَّفِ": وَالْآثَارُ الْأَثَرُ مَا يُرَوَّى عَنْ غَيْرِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ مِنَ الصَّحَابَةِ وَالتَّابِعِينَ قَوْلًا أَوْ فِعَالًا أَوْ تَقْرِيرًا. اهـ "سندي".

(١) "البحر": كتاب القضاء ٢٨٧/٦.

(٢) "تبيين الحقائق": كتاب القضاء ١٧٦/٤.

(٣) في "ب" و"م": ((بتوليته)).

(٤) في هامش "الأصل": ((ووالصالح)). بدل ((ووالصالح)).

(٥) "أحكام الأوقاف": باب الرجل يقف الأرض على الصلحاء من فقراء قرابته إلخ ص ٣٢٢ -.

(٦) "البحر": كتاب القضاء ٢٨٧/٦ - ٢٨٨.

(٧) "فتح المغيث": المقدمة ٣/١.

والاجتهاد شرط الأولوية؛ لتعذرِهِ، على أَنَّهُ يَجُوزُ خُلُوعُ الزَّمنِ عنه عندَ الأكثرِ، "نهر"^(١)، فصَحَّ^(٢) توليةُ العاميِّ، "ابن كمالٍ" ويَحْكُمُ بفتوى غيره،.....

مطلب في الاجتهاد وشروطه

[٢٦٠٠٩] (قوله): والاجتهاد شرط الأولوية) هو لغة: بذلُ المجهود في تحصيل ذي كُفَّةٍ. وعرفاً: ذلك من الفقيه في تحصيل حكم شرعي. قال في "التلويح"^(٣): ((ومعنى بذلِ الطاقة: أن يُجسَّ من نفسه العجزُ عن المزيد عليه، وشرطه: الإسلام، والعقل، والبلوغ، وكونه فقيه النفس، أي: شديد الفهم بالطبع، وعلمه باللغة العربية، وكونه حاكماً لكتاب الله تعالى فيما يتعلق بالأحكام، وعالم بالحدِيثِ متناً وسنداً، وناسخاً ومنسوخاً، وبالقياس، وهذه الشرائط في المجتهد المطلق الذي يُفتي في جميع الأحكام. وأما المجتهد في حكم دون حكم فليحبه معرفة ما يتعلق بذلك الحكم مثلاً كالاجتهاد في حكم متعلق بالصلاة لا يتوقف على معرفة جميع ما يتعلق بالنكاح)) اهـ. ومرادُ "المصنّف" هنا الاجتهاد بالمعنى الأول، "نهر"^(٤).

[٢٦٠١٠] (قوله: لتعذرِهِ) أي: لأنّه مُتَعَذَّرُ الوجود في كلّ زمنٍ وفي كلّ بلدٍ فكان شرط الأولوية، بمعنى أَنَّهُ إنَّ^(٥) وُجِدَ فهو الأولى بالتولية، فافهم.

[٢٦٠١١] (قوله: على أَنَّهُ) مُتَعَلِّقٌ بِمَحْذُوفٍ، أي: قلنا بالتعذرِ في كلّ زمنٍ بناءً على أَنَّهُ إلخ.

[٢٦٠١٢] (قوله: عندَ الأكثرِ) خلافاً لما قيل: إِنَّهُ لا يخلو عنه زمنٌ، ونعم ذلك في كتب الأصول.

[٢٦٠١٣] (قوله: فصَحَّ توليةُ العاميِّ) الأولى في التفريع أن يُقالَ: فصَحَّ توليةُ المقلد؛

(قوله: الأولى في التفريع أن يُقالَ: فصَحَّ توليةُ المقلد إلخ) لَمَّا كان العاميُّ محلَّ الاشتباه في صحّة

(١) "النهر": كتاب القضاء في ٤٢٨/١.

(٢) في "ذ" ((فصح))، وفي "و": ((فصح)).

(٣) انظر "شرح التلويح على التوضيح": باب الاجتهاد ١١٧/٢ - ١١٨ باختصار.

(٤) "النهر": كتاب القضاء في ٤٢٨/١.

(٥) في "ت": ((إذا)).

لأنه مُقابلُ المجتهد. ثم إنَّ المقلدَ يشمَلُ العامِّيَّ ومَن له تأهَّل في العِلْمِ [٣/١٩٩ق] والفهم، وعيَّن "ابنُ العَرَسِ" الثاني، قال: ((وأقلُّه أنَّ يُحسِنَ بعضَ الحوادثِ والمسائلِ الدَّقِيقَةِ، وأنَّ يَعْرِفَ طريقَ تحصيلِ الأحكامِ الشَّرْعِيَّةِ مِن كُتُبِ المذهبِ وصُدُورِ المشايخِ، وكَيْفِيَّةِ الإيرادِ والإصدارِ في الوقائعِ والدَّعاوى والحجَجِ))، ونازَعَهُ في "النَّهْر" ^(١)، ورجَّحَ أنَّ المرادَ الجاهلُ؛ لتعلييلهم بقولهم: لأنَّ إيصالَ الحقِّ إلى مُستحقِّه يحصلُ بالعملِ بفتوى غيره، قال في "الحواشي البعقويَّة": ((إذ المحتاجُ إلى فتوى غيره هو مَن لا يَقْدِرُ على أخذِ المسائلِ مِن كُتُبِ الفقه، وضبطِ أقوالِ الفقهاء)) اهـ. ونحوه في "البحر" ^(٢) عن "العناية" ^(٣)، وكذا رجَّحه "ابنُ الكمال".

قلت: وفيه للبحث مجال، فإنَّ المفتيَّ عندَ الأصوليين هو المجتهدُ كما يأتي ^(٤)، فيصيرُ المعنى: أنَّه لا يشترطُ في القاضي أن يكونَ مجتهداً؛ لأنَّه يَكفيه العملُ باجتِهَادِ غيره، ولا يلزمُ من هذا أن يكونَ عامِّيًّا، لكنَّ قد يُقالُ: إنَّ الاجتهادَ كما تَعَذَّرَ في القاضي تَعَذَّرَ في المفتي الآن، فإذا احتاجَ إلى السُّؤالِ عَمَّنْ يَنْقُلُ الحُكْمَ مِنَ الكُتُبِ يلزمُ أن يكونَ غيرَ قادرٍ على ذلك، تأمَّل.

توليته، ولذا قال "ابنُ العَرَسِ" ^(٥) بعَدَمِها، وكان مُقابِلًا للمُجتهدِ في الجملة، فرَّعَهُ على ما قَبْلَهُ مع فَهْمِ المقلدِ الغيرِ العامِّيِّ بالأوَّلِ، ولو ذَكَرَ المقلدُ بذلِّه لربَّما يَنْصَرِفُ إلى التَّأهَّلِ، تأمَّل.

(قوله: ولا يلزمُ من هذا أن يكونَ عامِّيًّا إلخ) نَعَمْ، لا يلزمُ مِنْهُ ذلكَ بِمُحْصِصِهِ، لكنَّه يَشْمَلُهُ والمتَّهِّلُ في العِلْمِ، وهو المطلوبُ، فَيَتِمُّ حينئذٍ ما قالَهُ غيرُ "ابنِ العَرَسِ" ^(٥) أيضاً.

(١) "النهر": كتاب القضاء ٤٢٨ق/٤.

(٢) "البحر": كتاب القضاء ٢٨٨/٦.

(٣) "العناية": كتاب أدب القاضي ٣٥٩/٦ (هامش "فتح القدير").

(٤) ص ٢٩٥ - "در".

(٥) في مطبوعة "التقريبات": ((الفرس)) بالغاء، وهو خطأ.

لكن في إيمان "البرازية"^(١): ((المفتي يُفتي بالديانة، والقاضي يَقضي بالظاهر، دَلَّ على أنَّ الجاهل لا يُمكنه القضاء بالفتوى أيضاً، فلا بدَّ من كون الحاكم في الدماء والفروج عالماً ديناً كالكبريت الأحمر، وأين الكبريت الأحمر؟ وأين العلم؟))، (ومثله) فيما ذُكر (المفتي) وهو عند الأصوليين: المجتهد، أما مَنْ يَحْفَظُ أقوالَ المجتهدِ فليس ثَمَّتْ، وفتواه ليس بفتوى، بل هو نَقْلُ كلامٍ كما بَسَطَهُ "ابنُ الهمام"^(٢).

[٢٦٠١٤] (قوله: المفتي يُفتي بالديانة) مثلاً إذا قال رجل: قلتُ لزوجتي: أنت طالق، قاصداً بذلك الإخبارَ كاذباً فإنَّ المفتي يُفتيه بَعْدَ الوقوع، والقاضي يَحْكُمُ عليه بالوقوع؛ لأنَّه يَحْكُمُ بالظاهر، فإذا كان القاضي يَحْكُمُ بالفتوى يلزَمُ بطلانَ حُكْمِهِ في مثل ذلك، فدلَّ على أنَّه لا يُمكنه القضاء بالفتوى في كلِّ حادثة. وفيه نظر، فإنَّ القاضي إذا سأل المفتي عن هذه الحادثة لا يُفتيه بَعْدَ الوقوع؛ لأنَّه إنما سألَهُ عَمَّا يَحْكُمُ به، فلا بدَّ أن يُبينَ له حُكْمَ القضاء، فعِلْمُ أنَّ ما في "البرازية" لا ينافي قولهم: ((يَحْكُمُ بفتوى غيره)).

[٢٦٠١٥] (قوله: في الدماء والفروج) أي: وفي الأموال، لكنَّ خَصْمَهُما بالذِّكْرَ لأنَّه لا يَمُكِنُ فيهما الاستباحة بوجه، بخلاف المال؛ ولِقَصْدِ التَّهْوِيلِ، فإنَّ الحاكمَ الذي مَحَرَّى أَحْكَامِهِ في ذلك لا بدَّ أن يكونَ عالماً ديناً.

[٢٦٠١٦] (قوله: كالكبريت الأحمر) مَعْدِنٌ عَزِيزُ الوجودِ، والجَارُ والمَجْرورُ مُتَعَلِّقٌ بِمَحذوفٍ على أنَّه حالٌ، أو خبرٌ لمبتدأٍ محذوف.

[٢٦٠١٧] (قوله: وأين العلم) عبارة "البرازية": ((وأين الدين والعلم !!!))^(٣).

مطلب: طريق النقل عن المجتهد

[٢٦٠١٨] (قوله: بل هو نَقْلُ كلامٍ) وطريقُ نَقْلِهِ لذلك عن المجتهدِ أحدُ أمرين: إمَّا أن يكونَ له سَنَدٌ فيه، أو يأخُذَهُ مِنْ كِتَابٍ مَعْرُوفٍ تَدَاوَلَتْهُ الأيدي، نحو كَتَبِ "محمَّد بنِ الحسنِ"

(١) "البرازية": كتاب الإيمان - الفصل الثاني والعشرون في الحرف والأفعال المتفرقة ٣٤٢/٤ باختصار (هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) انظر "الفتح": كتاب أدب القاضي ٣٦٠/٦.

(٣) عبارة مطبوعة "البرازية" التي بين أيدينا: ((وأين العلم !!!))، ولعل ابن عابدين رحمه الله تابع "ط" في ذلك؛ إذ هي عبارته.

وغوها من التصانيف المشهورة للمُتَهِدِينَ؛ لأنّه بمنزلة الخبر المتواتر المشهور^(١)، هكذا ذكر "الرازي"^(٢). فعلى هذا لو وجدَ بعضُ نسخ "النوادر" في زماننا لا يحِلُّ عزُّو ما فيها إلى "عمدٍ" ولا إلى "أبي يوسف"؛ لأنّها لم تُشْتَهَر في عصرنا في ديارنا ولم تُتداول. نعم إذا وجدَ النُّقلُ عن "النوادر" مثلاً في كتابٍ مشهورٍ معروفٍ كـ "الهداية" و"المبسوط" كان ذلك تعويلاً على ذلك الكتاب، "فتح"^(٣)، وأقرّه في "البحر"^(٤) و"النهر"^(٥) و"المنح"^(٦).

[مطلب: لا يلزمُ التواترُ بكون ذلك الكتاب هو المُسمّى بذلك الاسم، بل يكفي غلبة الظن] قلت: يلزمُ على هذا أن لا يجوزَ الآنَ النقلُ من أكثرِ الكتبِ المطوّلةِ مِنَ الشُّروحِ أو الفتاوى المشهورةِ أسماؤها لكنّها لم تُتداولها الأيدي حتى صارت بمنزلة الخبر المتواتر المشهور؛ لكونها لا تُوجدُ إلّا في بعضِ المدارس، أو عندَ بعضِ الناسِ كـ "المبسوط" و"المحيط" و"البدائع"، وفيه نظرٌ، بل الظاهرُ أنّه لا يلزمُ التواترُ، بل يكفي غلبةُ الظنِّ بكون ذلك الكتاب هو المُسمّى بذلك الاسم، بأن وجدَ العلماءُ يَقُولون عنه، ورأى ما نقلوه عنه موجوداً فيه، أو وجدَ منه أكثرَ مِنْ نُسخةٍ، فإنّه يَغْلِبُ على الظنِّ أنّه هو، ويدلُّ على ذلك قوله: ((إمّا أن يكونَ له سندٌ فيه))، أي: فيما يَنْقُدهُ، والسندُ لا يلزمُ تواتره ولا شهرته. وأيضاً قدّمنا^(٧) أنّ القاضي إذا أشكلَ عليه أمرٌ يَكُتُبُ فيه إلى فقهاءٍ مِصرٍ آخرَ، وأنَّ المشاورةَ بالكتابِ سنةٌ قديمةٌ في الحوادثِ الشرعيّةِ، ولا شكَّ أنّ احتمالَ التزويرِ في هذا الكتابِ البسيطِ أكثرُ من احتمالِهِ في شرحٍ كبيرٍ بخطِّ قديمٍ، ولا سيّما إذا رأى عليه خطٌّ بعضُ ١٩٩٣/٣ بـ العلماءٍ، فيتعيّنُ الاكتفاءُ بغلبةِ الظنِّ؛ لئلا يلزمَ هَجْرُ معظمِ كتبِ الشريعةِ مِنْ فقهٍ وغيره، لا سيّما في مثلِ زماننا، والله سبحانه أعلمُ.

(١) عبارة "النهر" و"المنح" ومخطوطة "البحر": ((أو المشهور)).

(٢) لعله أبو بكر الرازي الحلي (ت ٣٧٠هـ).

(٣) "الفتح": كتاب أدب القاضي ٦/٣٦٠.

(٤) "البحر": كتاب القضاء ٦/٢٨٩.

(٥) "النهر": كتاب القضاء ٤٢٨/١-ب.

(٦) "المنح": كتاب القضاء ٢/٥٣/١.

(٧) المقلوبة [٢٥٩٨٧] قوله: ((وإذا أشكل إلخ)).

(ولا يَطْلُبُ القضاء)

[٢٦٠١٩] (قوله: ولا يَطْلُبُ القضاء) لما أخرجه "أبو داود" و"الترمذي" و"ابن ماجه" من حديث أنس قال: قال رسول الله ﷺ: «مَنْ سَأَلَ الْقَضَاءَ وَكَلَّ إِلَى نَفْسِهِ، وَمَنْ أُجِرَ عَلَيْهِ يَنْزِلَ إِلَيْهِ مَلَكٌ يُسَدِّدُهُ»^(١)، وأخرج "البخاري": قال ﷺ: «يا عبد الرحمن بن سمره لا تسأل الإمارة،

(١) روى وكيع وعمر بن كثير وأسود بن عامر وأبو غسان الميموني والحارث بن منصور عن إسرائيل عن عبد الأعلى الثعلبي عن بلال بن أبي موسى عن أنس بن مالك قال قال رسول الله ﷺ: «مَنْ سَأَلَ الْقَضَاءَ وَكَلَّ إِلَى نَفْسِهِ، وَمَنْ أُجِرَ عَلَيْهِ يَنْزِلَ اللَّهُ عَلَيْهِ مَلَكًا فَيُسَدِّدُهُ».

أخرجه أبو داود (٣٥٧٨) في الأفضية - باب في طلب القضاء والتسرع إليه، والترمذي (١٣٢٣) في الأحكام - باب ما جاء في القاضي، وابن ماجه (٢٣٠٩) في الأحكام - باب ذكر القضاء، وأحمد ١١٨/٣ و ٢٢٠، وابن أبي شيبة ٣٥٧/٥ - وعنه محمد بن خلف الملقب بوكيع في "أخبار القضاء" ٦٢/١ و ٦٣، والحاكم في "المستدرک" ٩٢/٤، والبيهقي ١٠٠/١٠، والضياء المقدسي في "المختارة" (١٥٨١). وإسحاق بن راهوية والبرز في "مسنديهما" كما في "نصب الراية" ٦٩/٤.

وقال الطبراني: لا يروى عن أنس إلا بهذا الإسناد، تفرد به عبد الأعلى الثعلبي. وزاد محمد بن كثير وأسود بن عامر: أذا الحجاج أراد أن يجعله [أي: يجعل أنسا]، فقال أسود: ابنه على قضاء البصرة فقال أنس... الحديث. قال الحاكم: صحيح الإسناد، ولم يخرجاه.

رواه أبو داود عن محمد بن كثير فقال: بلال عن أنس، ورواه أبو المنثي عنه فقال: بلال بن أبي موسى، وأغرب محمد بن محمد التمار فرواه عن محمد بن كثير فقال: بلال بن أبي بردة بن أبي سفيان. ورواه أحمد وهذاه وعلي بن محمد وعمر بن إسماعيل عن وكيع فقال: بلال بن أبي موسى عن أنس. وقال ابن أبي شيبة عن وكيع: بلال بن أبي بردة بن أبي موسى. وكذلك نقل البيهقي عن وكيع وزاد: الأشعري. وكذلك رواه أسود بن عامر فقال: بلال بن أبي موسى. رواه عنه أحمد.

وكذلك رواه أبو غسان الميموني فقال: بلال بن أبي موسى، رواه إسحاق الحارثي عنه، ورواه ابن السماك عن أحمد بن ملاح عن أبي غسان فقال: بلال بن أبي بردة.

أما محمد بن خلف فرواه عن ابن ملاح قال: بلال بن أبي موسى، وتصحف فيه إلى: بلال رأى موسى. فبلال هذا: أكثر الرواة على أنه ابن أبي موسى، ولكن هل هو ابن أبي بردة بن أبي موسى كما رواه ابن أبي شيبة عن وكيع، مما دعا البيهقي للقول بأنه الأشعري؟ وقد عرف بسوء ولايته، وذكره ابن حبان في "الثقات" وضمه أبو العرب الضملي. أم أنه بلال بن مرداس الفزاري النخعي، ويقال له: ابن أبي موسى، كما ذكره في "التهذيب".

فَإِنَّكَ إِنْ أَوْتَيْتَهَا عَنْ مَسْأَلَةٍ وَكَلْتَ إِلَيْهَا، وَإِنْ أَوْتَيْتَهَا مِنْ غَيْرِ مَسْأَلَةٍ أَعْنَتْ عَلَيْهَا^(١).

- فقد روى يحيى بن حماد ويحيى بن غيلان عن أبي عوانة عن عبد الأعلى الثعلبي عن بلال بن مرداس الفزاري عن خيثمة [زاد ابن غيلان: ابن أبي خيثمة] البصري عن أنس به. أخرجه الترمذي (١٣٢٤)، ومحمد بن خلف "وكيع"، ٦١/١ و٦٢، والبيهقي ١٠/١٠، والضياء في "المختارة" (١٥٨٠)، وابن المنذر كما في "فتح الباري" ١٣/١٥٥. قال في "التهذيب" في ترجمة بلال بن مرداس: ذكره ابن حبان في "الثقات"، وخروج ابن خزيمة حديثه في "صحيحه"، وقال الأزدي: لم يصح حديثه. كأنه عنى الاضطراب الذي فيه. وقال فيه ابن القطان: مجهول الحال. وخيثمة بن أبي خيثمة: قال ابن معين: ليس بشيء، وذكره ابن حبان في "الثقات".

ومع ذلك قال الترمذي: حديث حسن غريب، وهو أصح من حديث إسرائيل عن عبد الأعلى. وتعمد ابن القطان من ترجيح الترمذي هذا كما في "نصب الرتبة" وقال: وإسرائيل أحد الحفاظ [أي: فهو مقدم على أبي عوانة]، ولولا ضعف عبد الأعلى كان هذا الطريق خيراً من طريق أبي عوانة الذي فيه خيثمة وبلال. اهد. نعم، عبد الأعلى بن عامر الثعلبي: ضعفه أحمد وأبو زرعة وابن سعد ويعقوب بن شعبة، وقال يحيى وأبو حاتم والنسائي والدارقطني: ليس بقوي، وفي رواية عن يحيى ويعقوب أنه ثقة! وقال يحيى القطان: تعرفت وتكره، وتركه ابن مهدي. قال الدارقطني: يعتبر به. وأظن أن الاضطراب في هذا الحديث منه. قال ابن حجر: وقد حسن له الترمذي، وصحح له الحاكم، وهو من تساهله.

(١) روى شيبان بن فروخ ومحمد بن الفضل وحاتم بن المنهال وسليمان بن حرب ووهب بن جرير ومسلم بن إبراهيم والطائسي وأسد بن موسى وأبو داود وعفان وعبد الرحمن بن مهدي عن جرير بن حازم ثنا الحسن بن عبد الرحمن بن سبرة قال لي رسول الله ﷺ: ((يا عبد الرحمن بن سبرة! لا تسأل الإمارة؛ فإنك إن أعطيتها عن مسألة وكلت إليها، وإن أعطيتها عن غير مسألة أعنت عليها، وإذا خفت على أمر [يعني] فرائت غيرها خيراً منها فكفر عن عينيك واتر الذي هو خير)).

أخرجه البخاري (٦٦٢٢) في الإيمان - باب قوله تعالى ﴿لَا يَأْخُذُكُمُ اللَّهُ﴾، و(٧١٤٦) في الأحكام - باب من لم يسأل الإمارة أعانه الله عليها، ومسلم (١٦٥٢) في الإيمان - باب ندب من حلف عينا...، والجلودي راوي صحيح مسلم مستخرجاً عليه، و(١٦٥٢) في الإمارة - باب النهي عن طلب الإمارة، والنسائي في "المجتبى" ١٠/٧ في الإيمان - باب الكفارة قبل الخنث، وفي "الكبرى" (٤٧٢٥)، وأحمد ٦٣/٥، والدارمي (٢٣٤٦)، والطائسي (١٣٥١)، وأبو يعلى (١٥١٦)، وأبو عوانة (٥٩٤٠) و(٧٠١٢)، والبخاري في "البحر الزخار" (٢٢٨٨)، ومحمد بن خلف "وكيع" في "أخبار القضاة" ٦٥/١، والطيبي في "الإرشاد" ١٣٥-١٣٦، وأبو نعيم في "حلية الأولياء" ١٨/٩-١٩، والبيهقي ٥٢/١. ورواية عفان عند النسائي في اليمين فقط، وكذلك رواية أبي داود الطائسي.

قال البخاري: وحديث جرير بن حازم إنما تحفظه من حديث وهب بن جرير عن أبيه. كذا قال! مع ما رأيت من كثرة الرواة عن جرير. ورواية ابن مهدي تفرد بها أحمد بن حمدان العسكري عن علي بن المديني.

قال أحمد: اتفق عفان وأسود في حديثهما فقالا: ((فكفر عن عينك ثم اتيت الذي هو خير)).

وقال أبو الأشهب عن الحسن في هذا الحديث فبدأ بالكفارة. وأخرجه الطبراني في "الأوسط" (٨٠٨٦)، والمزي في "تهذيب الكمال" ١٧/١٦٠، من طريق كامل بن طلحة عن أبي الأشهب عن الحسن به. قال الطبراني: لم يروه عن أبي الأشهب إلا كامل بن طلحة.

ورواه أحمد بن حنبل وسعيد بن منصور وعلي بن حجر وسهل بن نصر ومحمد بن الصباح وعلي بن مسلم الطوسي وزيد بن أيوب عن هشيم عن يونس ومنصور بن زاذان وحُميد عن الحسن به.

أخرجه مسلم (١٦٥٢) في الإمارة - باب النهي عن طلب الإمارة، وأبو داود (٢٩٢٩) و(٣٢٧٧) وقطعة، والنسائي في "المحتسب" ١١/٧، وأحمد ١١/٥٦١، وأبو غوطة (٥٩٣٦) و(٧٠٠٩)، و(٧٠١٠) وقطعة، وابن خزيمة في "صحيحه" في السياسة كما في "إنقاذ المهرة" (١٣٤٨٧)، والبرز في "البحر الزخار" (٢٢٧٨)، وابن حبان كما في "الإحسان" (٤٤٧٩)، وأبو نعيم كما ذكره ابن حجر في "تغليق التعليق" ٢٠٩/٥، والبيهقي ٥٠/١٠ و١٠٠، وابن عبد البر في "المهيد" ٢١/٢٤٤.

قال البرز: ومنصور بن زاذان ما روى عنه هذا الحديث إلا هشيم. قال ابن حجر: قال الطبراني: لم يروه عن منصور إلا هشيم.

ورواه حجاج بن المنهال واليهان بن بحر وأبو ربيعة عن حماد بن سلمة عن يونس وحُميد وثابت وحبيب عن الحسن به.

أخرجه البرز في "البحر الزخار" (٢٢٨١)، والمحامي في "الأمالي" (٥٠٦)، ومحمد بن خلف "وكيع" في "أخبار القضاة" ١/٦٥، والبيهقي ١٠/٥٣، وابن عبد البر في "المهيد" ٢١/٢٤٥. لم يذكر المنهال وأبو ربيعة: يونس. وزاد أبو ربيعة: علي بن زيد. قال البرز: لم يروه عنهم إلا حماد بن سلمة.

ورواه أبو كامل الجحدري وعبد الله بن عبد الوهاب الحنفي ومحمد بن عبيد عن حماد بن زيد عن سيمك ابن عطية ويونس بن عبيد وهشام بن حسان في آخرين عن الحسن به.

أخرجه مسلم (١٦٥٢) في الإيمان - باب ندب من حلف عينا... و (١٦٥٢) في الإمارة - باب النهي عن طلب الإمارة، وأبو غوطة (٥٩٣٧) و(٧٠١١)، وعبد الله بن أحمد ٥/٦٢ دون هشام، والبرز في "البحر الزخار" (٢٢٨٠)، والطبراني في "الأوسط" (٨٠٤٧)، ومحمد بن خلف "وكيع" ٦٥/١، وابن قانع في "معجم الصحابة" (٦٤٥)، والبيهقي ١٠/٥٠، وابن عبد البر في "المهيد" ٢١/٢٤٦، وابن حجر في "تغليق التعليق" ٥/٢٠٨.

قال الطبراني: لم يروه عن حماد بن زيد إلا أبو كامل، كذا قال ابن نابه الحنفي ومحمد بن عبيد، وقال البرز: لا نعلم رواه عن سيمك بن عطية إلا حماد بن زيد، ولا أسند سيمك بن عطية عن الحسن إلا هذا الحديث. قال ابن حجر: لم يذكر محمد بن عبيد القصة الأولى [أي: الإمارة]، ولم يذكر أبو كامل في الإسناد هشام.

ورواه عبد الله بن بكر السهمي وعبد الأعلى بن عبد الأعلى عن هشام بن حسان عن الحسن به. أخرجه أحمد ٥/٦٢ - ٦٣، والبرز في "البحر الزخار" (٢٢٧٦)، وأبو الشيخ في "طبقات المحدثين بأصبهان" (٨٩٦)، والبيهقي ١٠/٥٢. ووقع في مطبوع "الطبقات" خللًا!

- وأخرجه عبد الرزاق في "المصنف" (١٦٠٣٣) عن هشام بن حسان عن الحسن ومحمد بن ميرين قالا: قال رسول الله ﷺ: ((مَنْ خَلَفَ عَلَى بَيْنِ فَرَأَى غَيْرَهَا خَيْرًا...)).

ورواه ابن المبارك عن محمد بن الحسن به. أخرجه محمد بن خلف "وكيع" ٦٥/١.
ورواه خالد بن عبد الله وعبد الوارث وسفيان الثوري وإسماعيل بن علقمة وإبراهيم بن صدقة وسالم بن نوح ومحبوب بن الحسن وعبيد الله بن عمر وبقيّة وبرقي بن علقمة عن يونس عن الحسن به.

أخرجه البخاري (٧١٤٧)، ومسلم (١٦٥٢)، وأحمد ٦٢/٥، والنسائي في "الكبرى" (٥٩٢٩) و(٨٧٤٥)، والطحاوي في "بيان المشكل" (٥٩)، وأبو عوانة (٥٩٣٨) و(٥٩٣٩) و(٥٩٤٤) و(٧٠٠٦) و(٧٠٠٧) و(٧٠٠٨)، والمحاملي في "الأمالي" (٥٥٥)، ومحمد بن خلف "وكيع" ٦٤/١، وأبو نعيم في "أخبار أصبهان" ٣٥٣/١، والبيهقي ١٠٠/١٠، وابن عبد البر في "المتهيد" ٢١/٢٤٤، وفيه: رواه إبراهيم بن حمزة ومصعب بن عبد الله عن عبد العزيز الدراوردي عن عبيد الله به. وحديث الدراوردي عن عبيد الله منكّر. وتقرّد عمر بن الحليل القاضي به عن ربعي بن علقمة.

وروى مسدّد ومحمد بن عبد الأعلى عن معتمر بن سليمان عن يونس بن عبيد عن الحسن به.
أخرجه الترمذي (١٥٢٩)، وقال: حسن صحيح، وابن حبان كما في "الإحسان" (٤٣٤٨).
لكن روى محمد بن عبد الأعلى والفيض بن وثيق ونصر بن علي وأمية بن بسطام وعبيد الله بن معاذ عن معتمر بن سليمان عن أبيه عن الحسن به، وليس فيه ذكر الإمامة.

أخرجه مسلم (١٦٥٢)، والنسائي في "المحتج" ١٠/٧ و"الكبرى" (٤٧٢٤)، وأبو عوانة (٥٩٤٩) و(٥٩٥٠)، والبرزاري في "البحر الزخار" (٢٢٧٤)، والبيهقي ٥٣/١٠، وابن عبد البر في "المتهيد" ٢١/٢٤٥.

قال البرزاري: لا نعلم رواه إلا المعتمر عن أبيه. فرواية ابن عبد الأعلى على الوجهين تدلّ على أنّ له طرفين صحيحين.
وروى يوسف بن يعقوب السدوسي ثنا سليمان التيمي عن الحسن عن عبد الرحمن بن سبرة به. أخرجه البيهقي ٣١/١٠.
ورواه إسحاق (أو إسماعيل) بن عيسى وإبراهيم بن محمد بن ميمون عن داود بن الزريقان عن مطر السورقي وهشام وسعيد المبارك عن الحسن به. أخرجه أبو عوانة (٥٩٤٧)، والإسماعيلي في "معجمه" (٢٣٠)، وأبو بكر الشافعي كما ذكره ابن حجر في "تغليق التعليق" ٥/٢١١.

وأخرجه ابن الأعرابي في "معجمه" من طريق مطر السورقي وهشام وسعيد عن قتادة.
ورواه هاشم بن القاسم وحسين بن محمد المروزي والفضل بن ذكين وأسد وعبد الرحمن بن سلام الجمحي والحجاج بن الميهاش عن المبارك بن فضالة عن الحسن به. زاد حسين: (حدثنا عبد الرحمن بن سبرة ونحن بكابل...)
أخرجه أحمد ٦٢/٥ و٦٣، وأبو عوانة (٥٩٤٥) و(٥٩٤٦)، والبرزاري في "البحر الزخار" (٢٢٨٩)، وابن حبان كما في "الإحسان" (٤٤٨٠)، والفضاعي في "مسند الشهاب" (٩٤٨).

ورواه جرير بن عبد الحميد عن منصور بن المعتمر عن الحسن به. أخرجه النسائي في "المحتج" ١١/٧ في الأيمان، والبرزاري في "البحر الزخار" (٢٢٧٧)، والمحاملي (٥٠٣)، والطبراني في "الكبير" كما ذكره ابن حجر في "تغليق التعليق" ٥/٢١٠. قال البرزاري: لم يسنّد منصور بن المعتمر عن الحسن غير هذا الحديث.
ورواه يحيى القطان وعثمان بن عمر ومحمد بن عبد الله الأنصاري وأشهل بن حاتم وابن أبي عدي والحسن ابن عبد الرحمن بن العريان عن ابن عون عن الحسن به.

- = أخرجه البخاري (٦٧٢٢)، والنسائي في "المحتجى" ١/٧ في الأيمان، والكبرى (٥٩٣٠) و(٥٩٣٤)، وأحمد ٦٢/٥، وابن الجارود في "المتقى" (٩٢٩) و(٩٩٨) مقطوعاً، وأبو غوابة (٥٩٤١) و(٧٠١٣)، والبيهقي في "البحر الزخار" (٢٧٧٥)، والبيهقي ١٠/١٠، وابن حجر في "تغليق التعليق" ٢٠٧/٥ - ٢٠٨.
- قال البخاري: تابعه [عثمان] أشهل عن ابن عون. وتابعه يونس وسماك بن عطية وسماك بن حرب وحُميد وقادة ومنصور وهشام والريبع. أما قول الزائر: حديث ابن عون وصلة الحسن بن عبد الرحمن، ورواه ابن أبي عدي عنه مرسلاً، فيؤهم أنه تقدّر بوصله، وهذا غير صحيح، فلتابعت له كثيرة كما تقدم. ورواية أحمد عن ابن أبي عدي موصولة.
- نعم، رواه أزهَرُ السَّمَان عن ابن عون عن الحسن مرسلاً. أخرجه محمد بن خلف "وكيع" ٦٥/١.
- ورواه أبو عاصم عن سهيل السراج عن الحسن به. أخرجه البيزاري في "البحر الزخار" (٢٨٢٢). ثم قال: لم يُسند سهيل السراج عن الحسن غير هذا الحديث، ولا نعلم رواه عن سهيل إلا أبو عاصم.
- ورواه علي بن بكر ومحمد بن عبد الملك عن بكر بن بكار ثنا أبو حُرّة عن الحسن به. أخرجه البيزاري في "البحر الزخار" (٢٢٨٦)، ومحمد بن خلف "وكيع" ٦٤/١.
- ورواه أبو شعيب الحراني عن علي بن المدني عن يحيى بن سعيد عن أشعث - يعني: ابن عبد الملك - عن الحسن به. أخرجه أبو نعيم في "حلية الأولياء" ٣٨٧/٨.
- ورواه عبد الأعلى وسعيد بن عامر ويوسف بن حماد عن سعيد بن أبي عروبة عن قتادة عن الحسن به.
- أخرجه مسلم (١٦٥٢)، وأبو داود (٣٢٧٨)، والنسائي في "المحتجى" ١٠/٧، والكبرى (٤٧٢٦)، والبيزاري في "البحر الزخار" (٢٢٨٣)، وابن أبي عاصم في "الأحاديث والثاني" (٥٦٨)، والبيهقي ٥٣/١٠. وأبو نعيم عن الطبراني، وابن أبي عاصم، ومن طريقهم ابن حجر في "تغليق التعليق" ٢١٠/٥. ورواية عبد الأعلى في اليمين فقط عند النسائي.
- قال البيزاري: إنما يحفظ من حديث سعيد عن قتادة.
- وحالقه معمر فرواه عن قتادة وغيره عن الحسن ((أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قال لعبد الرحمن بن سُمرة: لا تسأل الإمامة...)) مرسلاً. أخرجه عبد الرزاق (٢٠٦٥٤).
- ورواه عبد العزيز بن المطلب بن عبد الله عن ابن شُرمة عن إسماعيل بن أبي خالد عن الحسن أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قال لعبد الرحمن ... به مرسلاً. أخرجه أبو غوابة (٥٩٤٨)، ومحمد بن خلف المعروف بوكيع في "أخبار القضاة" ٦٣/١ - ٦٤، بينما رواه ابن فضال عن إسماعيل بن أبي خالد عن الحسن بن سُمرة به. أخرجه أبو غوابة (٧٠١٤).
- ورواه غسان بن الربيع حدثنا أبو زيد ثابت بن يزيد عن أبي عامر صالح بن رستم الخزاري عن الحسن وابن سيرين أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قال لعبد الرحمن بن سُمرة ...
- أخرجه أبو غوابة (٧٠١٥)، والإسماعيلي في "معجمه" (٢٥٩). قال ابن حجر في "إتحاف المهرة" (١٣٨٧): أرسله أبو عامر وحده.
- ورواه محمد بن بشر وأبو داود الحفري عن مسعر عن علي بن زيد عن الحسن به.
- أخرجه ابن أبي شيبه ٤٨٢/٣ و٥٦٨/٧، وعنه ابن أبي عاصم في "الأحاديث والثاني" (٥٦٩)، وأبو غوابة (٥٩٤٢)، والبيزاري في "البحر الزخار" (٢٢٨٤)، ومحمد بن خلف "وكيع" ٦٤/١.
- =

قال البزار: ورواه عن علي بن زيد يسعّر وزهير بن معاوية، ولا نعلم رواه عن يسعّر إلا محمد بن بشر وأبو داود الحفري. قال أبو غوانة: رواه ابن جريج عن علي بن زيد.

ورواه وهب بن إبراهيم عن علي بن قادم ثنا يسعّر عن أبان بن تغلب عن الحسن به. أخرجه أبو نعيم في "الحلية" ٢٣٠/٧. ثم قال: غريب من حديث يسعّر، نَفَرَدَ به علي والفضل بن الموفق.

ورواه أبو أسامة عن عوف بن أبي جميلة وإسماعيل بن مسلم عن الحسن به. أخرجه أبو غوانة (٥٩٤٣)، والبزار في "البحر الزخار" (٢٢٨٥)، والمحاملي (٥٠٤)، والإسماعيلي في "معجمه" (٢٥٨). قال البزار: إنما يُحْفَظُ ذلك من حديث أبي أسامة.

ورواه عبد الرحمن بن عثمان أبو بحر عن عوف عن الحسن عن عبد الرحمن بن سمره به. أخرجه الطبراني في "الأوسط" (١٣٣٥)، ثم قال: لم يروه عن عوف إلا أبو بحر. [وَقَعَ سَقَطٌ في المطبوع]. ورواه إبراهيم بن إسماعيل السوطي ثنا جعفر بن عيسى الحسيني ثنا سفيان بن حبيب أخبرنا عوف عن الحسن به. أخرجه الخطيب في "تاريخه" ١٦١/٧. وجعفر: قال أبو زرعة: صدوق، وقال أبو حاتم: جهلي ضعيف.

ورواه وكيع وأسد بن عامر وشبابة عن الربيع بن صبيح عن الحسن به. أخرجه الخلال في "السنة" (٦٨)، وأبو غوانة، وأبو القاسم بن بشران وعنه ابن حجر في "تغليق التعليق" ٢١٢/٥ و ٢١٣.

ورواه علي بن عبد العزيز عن مسلم بن إبراهيم عن قرة بن خالد والمبارك بن فضالة والربيع بن صبيح قالوا: ثنا الحسن به. أخرجه الطبراني في "الكبير" كما ذكره ابن حجر في "تغليق التعليق" ٢١٢/٥. ورواه محمد بن المومل ومحمد بن علي الوراق وأحمد بن زهير عن مسلم بن إبراهيم عن قرة بن خالد عن الحسن به. أخرجه البزار في "البحر الزخار" (٢٢٨٧)، والبيهقي ٥٢٣/١٠. وابن عبد البر في "المتهيد" ٢٤٦/٢١. قال البزار: لا نعلم أحداً رواه إلا مسلم عنه.

ورواه يزيد بن هارون وإسحاق بن يوسف وابن الأصبهاني عن شريك عن سيمك بن حرب عن الحسن به. أخرجه البزار في "البحر الزخار" (٢٢٧٩)، ومحمد بن خلف و"وكيع" ٦٥/١. قال البزار: لم يروه إلا شريك.

ورواه الصلت بن مسعود الجحدري ثنا سفيان عن إسرائيل أبي موسى عن الحسن به. أخرجه الطبراني في "الأوسط" (٨٢٨٨)، ثم قال: لم يروه عن إسرائيل إلا سفيان بن عيينة تفرد به الصلت ابن مسعود أهد. وأبو موسى: هو إسرائيل بن موسى، شيخ فيه لين، وثقه ابن معين وأبو حاتم، وزاد أبو حاتم: لا بأس به، وقال النسائي: ليس به بأس، ووقع في المطبوع من "الأوسط" (إسرائيل عن أبي موسى) وهذا خطأ.

ورواه عبد العزيز بن موسى الأحمدي ثنا يزيد بن زريع عن خالد الحذاء عن الحسن به.

أخرجه الطبراني في "الأوسط" (١٤)، ثم قال: لم يروه عن خالد إلا يزيد تفرد به عبد العزيز.

ورواه عبد الوهاب بن الضحّاك ثنا إسماعيل بن عياش عن الوليد بن عبادة عن عرفة عن الحسن به.

أخرجه الطبراني في "الأوسط" (١٥)، وابن عدي في "الكامل" ٨٤/٧.

قال الطبراني: لم يروه عن عرفة إلا الوليد بن عبادة، ولا عن الوليد إلا إسماعيل بن عياش تفرد به عبد الوهاب بن الضحّاك.

ورواه القاسم وعيسى ابن مساور عن سويد عن سفيان بن حسين عن الحسن عن عبد الرحمن بن سمره به. أخرجه الطبراني في "الأوسط" (٥٩٠). وقال: لم يروه عن سفيان بن حسين إلا سويد، تفرد به ابن المساور.

ورواه يزيد بن هارون قال أخبرنا زياد الجصاص وهو زياد بن أبي زياد عن الحسن به. أخرجه السبّار في "البحر الزّخّار" (٢٢٩٠)، ثم قال: لا نحفظه إلا من حديث يزيد بن هارون عنه.

ورواه محمد بن إسماعيل الكوفي عن يزيد بن إبراهيم التستري عن الحسن به. أخرجه السبّار في "البحر الزّخّار" (٢٢٩١)، ثم قال: لا نحفظه إلا من حديث محمد بن إسماعيل الكوفي عنه.

وخالفه سهل بن بكّار فرواه عن يزيد بن إبراهيم عن الحسن: ((أنّ رسول الله قال لعبد الرحمن بن سمرّة...)) مرسلاً. أخرجه الطبراني في "الأوسط" (٢٥٨٦).

وروى الخليل بن سعيد الألبلي ثنا عمر بن أبي عثمان عن عمرو بن عبيد واصل بن عبيد الغزال عن الحسن عن عبد الرحمن بن سمرّة قال: قال رسول الله ﷺ: ((يا عبد الرحمن لا تسأل الإمارة...)). أخرجه الطبراني في "الأوسط" (٧١٠٥)، ثم قال: لم يرو هذا الحديث عن واصل بن عطاء إلا عمران بن أبي عثمان، تفرد به الخليل بن سعيد.

ورواه حكيّم بن سيف عن عبيد الله بن عمر الرّقي عن عمرو بن عبيد عن الحسن به.

أخرجه ابن عدي في "الكامل" ١٠٨/٥، والصّيدوي في "معجمه" (١٧٨).

وروى ثور بن حبيب عن السري بن يحيى عن الحسن به. أخرجه السبّار في "البحر الزّخّار" (٢٢٩٢)

قال السبّار: لا نحفظه إلا من حديث ثور بن حبيب.

ورواه يعقوب بن حميد ثنا إسحاق بن إبراهيم عن صفوان بن سليم عن الحسن به. أخرجه الصّيدوي في "معجمه" (١٧٦) في ترجمة إبراهيم بن محمد المصيصي.

ورواه عبد الله بن عمر بن أبان ثنا أبو يحيى التيمي إسماعيل بن إبراهيم عن الأعمش عن إسماعيل بن مسلم عن الحسن به.

أخرجه محمد بن خُلف "وكيع" ٦٤/١، والخطيب في "تاريخ بغداد" ١٨٩/٤ و ٤٦٠/٨، ثم قال: تفرد به

أبو يحيى عن الأعمش.

ورواه أحمد بن موسى الضبي ثنا أبو الجواب ثنا عمار بن رزيق عن إسماعيل بن مسلم عن الحسن البصري قال:

((عُرِثَ مع عبد الرحمن بن سمرّة سِحْسَنَان... قال: وقال عبد الرحمن بن سمرّة: قال لي رسول الله...)) فذكره.

أخرجه الخطيب في "تاريخه" ٢٢٨/٤ و ٤٦٠/٨.

وروي عن محمد بن عجلان وجروثة بن عبد الله وأبو سلم بن أبي النّبال وحماد بن نجيح وغيرهم عن الحسن به.

أخرجه السهمي في "تاريخ جرجان" (١٠٢) و (٢٣٧) و (٢٧٦) و (٢٧٩) و (٢٨٠) و (٥٨٩) و (٦٣٦) و (٦٦٩) و (٩٣٥).

ورواه عبد الصّمد بن عبد العزيز ثنا جسر بن فرقد عن الحسن به. أخرجه أبو الشّيح في "الطبقات"

(٩١٦) - وعنه أبو نعيم في "أخبار أصبهان" ٢/٢٦٨، والخطيب في "تاريخ بغداد" ١٢/٤٥٠ - ٤٥١.

ورواه سعيد بن سليمان ثنا أبو حمزة العطار عن الحسن به. أخرجه أبو الشّيح في "الطبقات" (١٠٣٦).

وأبو حمزة العطار: إسحاق بن الرّبيع البصري.

ورواه عبد الوهاب بن نجدة الحوطي ثنا خالد بن يزيد القسري عن وائل بن داود عن الحسن به.

ورواه أبو بلال الأشعري ثنا شبيب بن شيبة البصري ثنا الحسن به نحوه.

أخرجهما تمام في "الفوائد" كما في "الروض البسام" (٩٠٤) و (٩٠٥).

بقلبه (ولا يسأله بلسانه). في "الخلاصة"^(١): ((طالِبُ الْوَلَايَةِ لَا يُؤْتَى إِلَّا إِذَا تَعَيَّنَ عَلَيْهِ الْقَضَاءُ))،

وإذا كان كذلك وجب أن لا يحلَّ له؛ لأنه معلوم وقوع الفساد منه؛ لأنه مخذول، "فتح"^(٢) مُلْخَصًا.

[٢٦٠٢٠] (قوله: بقلبه) أراد بهذا أن يُفَرَّقَ بَيْنَ الطَّلَبِ وَالسُّؤَالِ، فالأَوَّلُ لِلْقَلْبِ، والثَّانِي

لِللِّسَانِ كما في "المستصفى"^(٣)، وعناؤه في "النهر"^(٤).

[٢٦٠٢١] (قوله: في "الخلاصة" إلخ) أفاد أنه كما لا يحلُّ الطَّلَبُ لا تحلُّ التَّوْلِيَةُ كما

في "النهر"^(٥)، وأنَّ ذلك لا يختصُّ بالقضاء، بل كلَّ ولايةٍ ولو خاصةً كولايةٍ على وقفٍ

أو يتيمٍ، فهي كذلك كما في "البحر"^(٦).

[٢٦٠٢٢] (قوله: إلا إذا تعيَّن عليه القضاء إلخ) استثناءٌ مِمَّا في "المتن" ومِمَّا في "الخلاصة"،

أما إذا تعيَّن بأن لم يكن أحدٌ غيره يصلحُ للقضاء وجب عليه الطَّلَبُ؛ صيانةً لحقوقِ المسلمين

ودفعًا لظلمِ الظالمينَ، ولم أرَ حكمَ ما إذا تعيَّن ولم يُؤَلَّ إلا بما، هل يحلُّ بذلُّه؟ وكذا لم أرَ

جوازَ عزله، وينبغي أن يحلَّ بذلُّه للمال كما حلَّ طلبه، وأن يحرمَ عزله حيث تعيَّن وأن

لا يصحَّ، "بحر"^(٧). قال في "النهر"^(٨): ((هذا ظاهرٌ في صحَّةِ توليته، وإطلاقِ "المصنَّف"^(٩)

- يعني قوله: ولو أخذ القضاء بالرشوة لا يصيرُ قاضياً - يرُدُّه. وأما عدمُ صحَّةِ عزله فممنوعٌ، قال

في "الفتح"^(١٠): للسلطان أن يعزلَ القاضي بريئةً وبلا ريةً، ولا يعزلَ حتى يبلغه العزلُ اهـ. نعم،

لو قيل: لا يحلُّ عزله في هذه الحالة لم يبعد كالتوصي العذلي اهـ.

(١) "الخلاصة": كتاب الوقف - الفصل الثاني في نصب المتولي ق ٣٢٢/ب.

(٢) "الفتح": كتاب أدب القاضي ٣٦٤/٦، وفيه: ((مخذول)) بدل ((مخذول)).

(٣) "المستصفى": لأبي البركات حافظ الدين النسفي (ت ٧١٠هـ)، وتقدمت ترجمته ١٩٦/١.

(٤) انظر "النهر": كتاب القضاء ق ٤٢٨/ب.

(٥) "النهر": كتاب القضاء ق ٤٢٨/ب.

(٦) "البحر": كتاب القضاء - فصل في التقليد ٢٩٨/٦ بتصرف.

(٧) "البحر": كتاب القضاء - فصل في التقليد ٢٩٧/٦ - ٢٩٨.

(٨) "النهر": كتاب القضاء ق ٤٢٧/ب.

(٩) أي: صاحب "الكنز".

(١٠) "الفتح": كتاب أدب القاضي ٣٦٥/٦.

أو كانت التولية مشروطة له،.....

قلت: وأيضاً حيث تعين عليه يخرج عن عهدة الوجوب بالسؤال، فإذا منعهُ السُّلطانُ أئتم بالمنع؛ لأنه إذا منع الأولى وولّى غيره يكون قد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين كما مرّ^(١) في الحديث، وإذا منعهُ لم يبقَ واجباً عليه، فبأي وجه يحلّ له دفع الرشوة؟ وقد قال بعضُ علمائنا: إنّ فرضية الحجّ تسقط بدفع الرشوة إلى الأعراب كما قدّمناه^(٢) في بابهِ، فهذا أولى كما لا يخفى. وأمّا صحة عزله فظاهرة؛ لأنه وكيّل عن السُّلطان، وإثمه بعزله لا يزم منه عدمُ صحة العزل كالوصيّ العدل المنصوب من جهة القاضي، وأمّا المنصوب من جهة الميّت فالمعتمد عدمُ صحة عزله، لكن الفرق بينه وبين ما نحن فيه أنّ الوصيَّ خليفة الميّت، فليس للقاضي عزله، وأمّا القاضي فهو خليفة عن السُّلطان، ولا يثمة مُستمدة منه، فله عزله كوصي القاضي، هذا ما ظهر لي.

[٢٦٠٢٣] **قوله:** أو كانت التولية مشروطة له ذكره في "النهر"^(٣) بحثاً معلّلاً: ((لأنه حينئذٍ يطلبُ تنفيذُ شرط الواقف)) اهـ.

قلت: وهذا في الحقيقة ليس طالباً من القاضي أن يؤلّيه؛ لأنه متولّ بالشرط، بل يُريد إثبات ذلك في وجه من يعارضه، ومثله وصي الميّت إذا أراد إثبات وصايته. وبهذا سقط قوله في

قوله: قلت: وأيضاً حيث تعين عليه يخرج عن عهدة الوجوب بالسؤال (الخ) فيه تأملٌ، فإنه ليس أصلُ بحث "البحر" في أنه لا يخرج عن العهدة إلا ببذل المال، بل في حلّ بذله لأجل التقليد، وأنت خيرٌ بأنهم حوِّروا البذلّ لدفع الظلم الجزئي عن نفسه، فبالأولى أن يُحوِّروه لدفع الظلم العام الذي يترتبُ على تولية غير الأهل، وهذا ليس من الرشوة المحرّمة على الدافع، وليست داخلية في قولهم: ((أخذ القضاء برشوة))؛ إذ المراد المحرّمة كما هو ظاهر.

(١) المقولة [٢٦٠٠٧] قوله: ((وبينغي أن يكون إلخ)).

(٢) المقولة [٩٦١١] قوله: ((من المكس والخفارة)).

(٣) "النهر": كتاب القضاء ق ٤٢٨/ب.

أَوْ ادَّعَى أَنَّ الْعَزَلَ مِنَ الْقَاضِي الْأَوَّلِ بِغَيْرِ جُنْحَةٍ، "نهر"^(١)، قال^(٢): ((وَاسْتَحَبَّ الشَّافِعِيُّ وَالْمَالِكِيُّ^(٣) طَلَبَ الْقَضَاءِ لِحَامِلِ^(٤) الذِّكْرِ؛ لِنَشْرِ الْعِلْمِ^(٥))). (وَيُخْتَارُ الْمُقْلَدُ الْأَقْدَرُ وَالْأَوْلَى بِهِ،)

"البحر"^(٦): ((إِنَّ ظَاهَرَ كَلَامِهِمْ أَنَّهُ لَا تُطْلَبُ التَّوْلِيَةُ عَلَى الْوَقْفِ وَلَوْ كَانَتْ بِشَرْطِ الْوَاقِفِ لَهُ لِإِطْلَاقِهِمْ)) اهـ.

[٢٦٠٢٤] (قوله: أَوْ ادَّعَى إلخ) أي: فَإِنَّ لَهُ طَلَبَ الْعَوْدِ مِنَ الْقَاضِي الْجَدِيدِ، وَحِينَ ذَلِكَ يَقُولُ لَهُ الْقَاضِي: أَتَيْتُ أَنْكَ أَهْلٌ لِلْوِلَايَةِ، ثُمَّ يُؤَلِّيه، نَصَّ عَلَيْهِ "الْخَصَافُ"^(٧)، "نهر"^(٨).

[٢٦٠٢٥] (قوله: لِحَامِلِ الذِّكْرِ) هُوَ بِالْحَاءِ الْمَعْجَمَةِ: غَيْرُ الْمَشْهُورِ.

[٢٦٠٢٦] (قوله: وَيُخْتَارُ الْمُقْلَدُ بِصِغَةِ اسْمِ الْفَاعِلِ. وَقَدْ مَنَّا^(٩) قَبِيلَ قَوْلِهِ: ((وَشَرَطُ أَهْلِيَّتِهَا))

عَنْ "الْفَتْحِ": ((مَنْ لَهُ وَلَايَةُ التَّقْلِيدِ)).

وَالظَّاهِرُ: أَنَّ هَذَا الْاِخْتِيَارَ وَاجِبٌ؛ لِئَلَّا يَكُونَ خَائِنًا لِلَّهِ وَرَسُولِهِ وَعَامَّةِ الْمُؤْمِنِينَ كَمَا

مَرَّ^(١٠) فِي الْحَدِيثِ.

(١) "النهر": كتاب القضاء ق ٤٢٨/ب.

(٢) أي: صاحب "النهر": كتاب القضاء ق ٤٢٨/ب، ناقلاً مذهب الشافعية عن "الدراية"، ومذهب المالكية عن "مختصر الخليل" رحمه الله تعالى.

(٣) انظر "روضة الطالبين": كتاب القضاء - الباب الأول في التولية والعزل ص ١٩٠، و"مواهب الجليل شرح مختصر الخليل": باب الأقضية ١٠٢/٦.

(٤) في "ط": ((لِحَامِلِ)) بِالْحَاءِ الْمَهْمَلَةِ، وَهُوَ خَطَأً.

(٥) في "و": ((نَشْرًا لِلْعِلْمِ)).

(٦) "البحر": كتاب القضاء - فصل في التقليد ٢٩٨/٦.

(٧) انظر "أحكام الأوقاف": باب الرجل يقف الأرض على قوم بأعيانهم ومن بعدهم إلخ - مطلب: يستحق القيم ما شرطه له الواقف إلخ ص ٣٤٨.

(٨) "النهر": كتاب القضاء ق ٤٢٨/ب، وذكر بأن هذا خاص في تولية الوقف.

(٩) المقولة [٢٥٩٣٦] قوله: ((لِيَحْكَمْ بَيْنَ أَهْلِ الذَّمِّ)).

(١٠) المقولة [٢٦٠٠٧] قوله: ((وَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ إلخ)).

ولا يكون فظاً غليظاً، جباراً عنيداً؛ لأنه خليفة رسول الله ﷺ، وفي إطلاق اسم ((خليفة الله)) خلاف، "تارخانية". (وكره) تحريماً (التقلد^(١)) أي: أخذ القضاء (لمن خاف الخيف) أي: الظلم (أو العجز)،

[٢٦٠٢٧] (قوله: ولا يكون فظاً إلخ) الفظ: هو الخافي سيئ الخلق، والغليظ: قاسي القلب، والجبار: من جبره على الأمر بمعنى أجبره، أي: لا يجبر غيره على ما لا يريد. والعنيد: المعاند [٢٠٠٠/٣/٧] المجانب للحق، المعادي لأهله، "بحر"^(٢) عن "مسكين"^(٣).

[٢٦٠٢٨] (قوله: لأنه خليفة رسول الله ﷺ) أي: في إمضاء الأحكام الشرعية. [٢٦٠٢٩] (قوله: أي: أخذ القضاء) هذا يناسب كون العبارة ((التقلد))، قال في "البحر"^(٤): ((وهما نسختان - أي: في "الكنز" - التقليد، أي: النصب من السلطان. والتقلد، أي: قبول تقليد القضاء، وهي الأولى)) اهـ. وهي التي شرح عليها "المصنف"، وقال أيضاً^(٥): ((إنها أولى)). قلت: ويمكن إرجاع الأولى إلى الثانية بتقدير مضاف، أي: قبول التقليد، وهو معنى قول "الشارح"، أي: ((أخذ القضاء)).

[٢٦٠٣٠] (قوله: لمن خاف الخيف) فلو كان غالب ظنه أنه يجور في الحكم ينبغي أن يكون حراماً، "بحر"^(٦).

[٢٦٠٣١] (قوله: أو العجز) يحتمل أن يراد به العجز عن سماع دعاوى كل الخصوم، بأن قدر على البعض فقط، وأن يراد العجز عن القيام بواجباته، من إظهار الحق، وعدم أخذه الرشوة، فعلى الأول هو مبين، وعلى الثاني أعم، تأمل.

(١) في "د" و"و": ((التقليد)).

(٢) "البحر": كتاب القضاء ٢٨٧/٦.

(٣) "شرح من لا مسكين على الكنز": كتاب القضاء ص ١٩٦ - بتصرف.

(٤) "البحر": كتاب القضاء - فصل في التقليد ٢٩٤ / ٦.

(٥) "المنح": كتاب القضاء ٥٣/٢ ب.

(٦) "البحر": كتاب القضاء - فصل في التقليد ٢٩٤ / ٦.

يكفي أحدهما في الكراهة، "ابن كمال"، (وإنَّ تَعَيَّنَ لَهُ، أو أَمِنَهُ لَا) يُكْرَهُ، "فتح"^(١).
ثمَّ إنَّ انْخَصَرَ فُرِضَ عَيْنًا، وإِلَّا كَفَايَةً، "بجر"^(٢).

[٢٦٠٣٢] (قوله: "ابن كمال") أي: نقلًا عن "القدوري"^(٣).

مطلب: للسُّلْطَانُ أَنْ يَقْضِيَ بَيْنَ الْخَصْمَيْنِ

[٢٦٠٣٣] (قوله: وإنَّ تَعَيَّنَ لَهُ) أي: مع خَوْفِ الْحَيْفِ، قال في "الفتح"^(٤): ((وَمَحَلُّ الْكِرَاهَةِ مَا إِذَا لَمْ يَتَّعِنَ عَلَيْهِ، فَإِنْ انْخَصَرَ صَارَ فَرَضٌ عَيْنٍ عَلَيْهِ، وَعَلَيْهِ ضَبْطُ نَفْسِهِ، إِلَّا إِذَا كَانَ السُّلْطَانُ يُمْكِنُ أَنْ يَفْصَلَ الْخَصْمَاتِ وَيَتَفَرَّغَ لَذَلِكَ)) اهـ. وهذا صريح في أَنَّ السُّلْطَانِ أَنْ يَقْضِيَ بَيْنَ الْخَصْمَيْنِ، وَقَدْ مَنَّا^(٥) التَّصْرِيحَ بِهِ عَنْ "ابنِ الْغَرَسِ" عِنْدَ قَوْلِهِ: ((وَحَاكُمُ))، قال "الرَّمْلِيُّ": وفي "الخلاصة"^(٦): ((وفي "النَّوْزَلِ": أَنَّهُ لَا يَنْفَذُ. وفي "أَدَبِ الْقَاضِي" لـ "الْخَصَافِ"^(٧): يَنْفَذُ. وَهُوَ الْأَصَحُّ، وَقَالَ الْقَاضِي الْإِمَامُ: يَنْفَذُ. وَهَذَا أَصَحُّ، وَبِهِ يُفْتَى)) اهـ.

(تَنْبِيْهٌ)

لو تَعَيَّنَ عَلَيْهِ هَلْ يُجْبَرُ عَلَى الْقَبُولِ لَوْ امْتَنَعَ؟ قال في "البحر"^(٨): ((لَمْ أَرَهُ، وَالظَّاهِرُ نَعَمْ، وَكَذَا جَوَازُ جَبْرِ وَاحِدٍ مِنَ الْمُتَأَهِّلِينَ)) اهـ.
لَكِنْ صَرَّحَ فِي "الِاخْتِيَارِ"^(٩): ((بَأَنَّ مَنْ تَعَيَّنَ لَهُ يُفْتَرَضُ عَلَيْهِ، وَلَوْ امْتَنَعَ لَا يُجْبَرُ عَلَيْهِ)).

(١) "الفتح": كتاب أدب القاضي ٣٦٣/٦ بتصرف.

(٢) "البحر": كتاب القضاء - فصل في التقليد ٢٩٤/٦.

(٣) انظر "اللباب في شرح الكتاب": كتاب أدب القاضي ٧٨/٤ بتصرف.

(٤) "الفتح": كتاب أدب القاضي ٣٦٣/٦ بتصرف.

(٥) المقولة [٢٥٩٣٢] قوله: ((وَحَاكُمُ)).

(٦) "الخلاصة": كتاب القضاء - الفصل الرابع فيما يتعلق بقضاء القاضي ق ٢٠١/٢، وفيها بعد أسطر: ((الكل في

"شرح الجامع الصغير" للقاضي الإمام فخر الدين خان رحمه الله)).

(٧) انظر "شرح أدب القاضي" للصادر الشهيد: الباب السادس والأربعون في القاضي يستخلف رجلاً وما يجوز له من ذلك ١٥٨/٣.

(٨) "البحر": كتاب القضاء - فصل في التقليد ٢٩٤/٦.

(٩) "الاحتيار": كتاب أدب القاضي ٨٤/٢.

(والتَّقْلُدُ^(١) رُحْصَةً) أي: مُباحٌ (والتَّرْكُ عَزِيمَةٌ عِنْدَ الْعَامَّةِ) "بِرَازِيَّة"^(٢)، فالأولى عَدَمُهُ.

[٢٦٠٣٤] (قَوْلُهُ: وَالتَّقْلُدُ) أَي: الدُّخُولُ فِيهِ عِنْدَ الْأَمْنِ وَعَدَمُ التَّعَيُّنِ.

[٢٦٠٣٥] (قَوْلُهُ: وَالتَّرْكُ عَزِيمَةٌ إِيخ) هُوَ الصَّحِيحُ كَمَا فِي "النَّهْرِ"^(٣) عَنْ "النَّهَائَةِ"، وَبِهِ جَزَمَ فِي "الْفَتْحِ"^(٤) مُعَلَّأً: ((بَأَنَّ الْغَالِبَ خَطَأً ظَنَّ مَنْ ظَنَّ مِنْ نَفْسِهِ الْاِعْتِدَالَ، فَيُظْهِرُ مِنْهُ خِلَافَهُ)). وَقِيلَ: إِنَّ الدُّخُولَ فِيهِ عَزِيمَةٌ وَالْاِمْتِنَاعُ رُحْصَةٌ، فَالْأَوَّلَى الدُّخُولُ فِيهِ.

مطلب: ما كان فرض كفاية يكون أدنى فعله الندب

قال في "الكفاية"^(٥): ((فإن قيل: إذا كان فرض كفاية كان الدُّخُولُ فِيهِ مندوباً لما أنَّ أدنى درجات فرض الكفاية الندب كما في صلاة الجنابة ونحوها، قلنا: نعم كذلك إلا أنَّ فيه خطراً عظيماً وأمرأ مخوفاً لا يسلم في بحرِهِ كُلُّ سَابِحٍ، وَلَا يَنْجُو مِنْهُ كُلُّ طَامِحٍ إِلَّا مَنْ عَصَمَهُ اللَّهُ تَعَالَى، وَهُوَ عَزِيزٌ وَجُودُهُ^(٦))).

مطلب: "أبو حنيفة" دُعي إلى القضاء ثلاث مرّات فأبى

أَلَا تَرَى أَنَّ "أَبَا حَنِيفَةَ" دُعيَ إِلَى الْقَضَاءِ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ فَأَبَى، حَتَّى ضُرِبَ فِي كُلِّ مَرَّةٍ ثَلَاثِينَ سَوْطاً، فَلَمَّا كَانَ فِي الْمَرَّةِ الثَّالِثَةِ قَالَ: حَتَّى اسْتَشِيرَ أَصْحَابِي، فَاسْتَشَارَ "أَبَا يُوسُفَ" فَقَالَ: لَوْ تَقَلَّدْتَ لِنَفَعَتِ النَّاسَ، فَنَظَرَ إِلَيْهِ "أَبُو حَنِيفَةَ" رَحِمَهُ اللَّهُ نَظَرَ الْمَغْضَبِ، وَقَالَ: أَرَأَيْتَ لَوْ أُمِرْتُ أَنْ أَعْبُرَ الْبَحْرَ سَبَاحَةً أَكُنْتُ أَقْبَرُ عَلَيْهِ؟! وَكَأَنِّي بِكَ قَاضِيًا، وَكَذَا دُعيَ "مُحَمَّدٌ" رَحِمَهُ اللَّهُ إِلَى الْقَضَاءِ فَأَبَى حَتَّى قُبِدَ وَحُبِسَ، وَاضْطَرَّ فَتَقَلَّدَ)) اهـ.

(١) في "و": ((والتقليد)).

(٢) "البرازية": كتاب أدب القاضي - الفصل الأول في التقليد ١٣٢/٥ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) "النهر": كتاب القضاء ق ٤٢٨ ب.

(٤) "الفتح": كتاب أدب القاضي ٣٦٣/٦.

(٥) "الكفاية": كتاب أدب القاضي ٣٦٢/٦ (ذيل "فتح القدير").

(٦) في "أ": ((عزير الوجود)).

(وَيَحْرُمُ عَلَى غَيْرِ الْأَهْلِ الدُّخُولُ فِيهِ قَطْعًا) مِنْ غَيْرِ تَرُدُّدٍ فِي الْحُرْمَةِ، فِيهِ الْأَحْكَامُ الْخَمْسَةُ.

[٢٦٠، ٣٦٦] (قوله: وَيَحْرُمُ عَلَى غَيْرِ الْأَهْلِ الظَّاهِرُ أَنَّهُ لَيْسَ الْمُرَادُ بِالْأَهْلِ هُنَا مَا مَرَّ^(١)) فِي قَوْلِهِ: ((وَأَهْلُهُ أَهْلُ الشَّهَادَةِ))؛ لِأَنَّ الْمُرَادَ بِهِ مَنْ تَصِحَّ تَوَلُّيُّهُ وَلَوْ فَاسِقًا، أَوْ جَائِرًا، أَوْ جَاهِلًا، مَعَ قَطْعِ النَّظَرِ عَنْ جِلِّهِ أَوْ حُرْمَتِهِ، بَلِ الْمُرَادُ بِهِ هُنَا مَا مَرَّ^(٢)) فِي قَوْلِهِ: ((وَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ مَوْثُوقًا بِهِ فِي عَفَافِهِ، وَعَقِيهِ الْخُ))، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرَادَ بِهِ الْجَاهِلُ، تَامَّلْ. وَفِي "الْفَتْحِ"^(٣): ((وَأُخْرِجَ "أَبُو دَاوُدَ" عَنْ [ابْنِ] بُرَيْدَةَ^(٤)) عَنْ أَبِيهِ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «الْقَضَاءُ ثَلَاثَةٌ، اثْنَانِ فِي النَّارِ وَوَاحِدٌ فِي الْجَنَّةِ: رَجُلٌ عَرَفَ الْحَقَّ فَقَضَى بِهِ فَهُوَ فِي الْجَنَّةِ، وَرَجُلٌ عَرَفَ الْحَقَّ فَلَمْ يَقْضِ^(٥) وَجَارَ فِي الْحُكْمِ فَهُوَ فِي النَّارِ، وَرَجُلٌ لَمْ يَعْرِفِ الْحَقَّ فَقَضَى لِلنَّاسِ عَلَى جَهْلٍ فَهُوَ فِي النَّارِ^(٦)».

(١) ص ٢٥٧ - "در".

(٢) ص ٢٩١ - وما بعدها "در".

(٣) "الفتح": كتاب أدب القاضي ٣٦٤/٦.

(٤) ما بين منكسرين ليس في النسخ جميعها، وما أثبتناه هو الصواب الموافق لما في أبي داود ومصادر ترجمة ابن بريدة، فاسمه: عبد الله، وكنيته: أبو سهل. انظر "سير أعلام النبلاء" ٥/٥٠: "تهذيب التهذيب" ١٥٧/٥.

(٥) في "٣": ((فلم يقض به)).

(٦) روى سعيّد بن منصور ومحمّد بن حسان السّميّ وإسماعيل بن توبة عن خلف بن خليفة عن أبي هاشم الرّمانيّ عن ابن بُرَيْدَةَ عَنْ أَبِيهِ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: ((الْقَضَاءُ ثَلَاثَةٌ: وَاحِدٌ فِي الْجَنَّةِ وَاثْنَانِ فِي النَّارِ، فَمَاذَا الَّذِي فِي الْجَنَّةِ فَرَجُلٌ عَرَفَ الْحَقَّ فَقَضَى بِهِ، وَرَجُلٌ عَرَفَ الْحَقَّ فَجَارَ فِي الْحُكْمِ فَهُوَ فِي النَّارِ، وَرَجُلٌ قَضَى لِلنَّاسِ عَلَى جَهْلٍ فَهُوَ فِي النَّارِ)).
قال أبو هاشم: لولا حديث ابن بُرَيْدَةَ عَنْ أَبِيهِ لَقُلْنَا: إِنَّ الْقَاضِيَ إِذَا اجْتَهَدَ فَهُوَ فِي الْجَنَّةِ.

أخرجه أبو داود (٣٥٧٣) في الإقضية - باب في القاضي يخطئ - وعنه أبو بكر الجصاص في "أحكام القرآن" ٥٠١/٣ - ٥٠٢، وابن ماجه (٢٣١٥) في الأحكام - باب الحاكم يجتهد فيصيب الحق، والبيهقي ١٠/١٦٦، وابن حزم في "الأحكام" ٧٨١/٦.

قال أبو داود: هذا أصح شيء فيه، يعني: حديث ابن بُرَيْدَةَ: ((الْقَضَاءُ ثَلَاثَةٌ...)).

ورواه الطبراني في "الأوسط" (٣٦١٦) عن إسماعيل بن إبراهيم أبي معمر القطيعي عن خلف بلفظ: ((الْقَضَاءُ ثَلَاثَةٌ: فَرَجُلٌ قَضَى فَاجْتَهَدَ فَأَصَابَ فَلَهُ الْجَنَّةُ، وَرَجُلٌ قَضَى فَاجْتَهَدَ فَأَخْطَأَ فَلَهُ الْجَنَّةُ، وَرَجُلٌ قَضَى فَجَارَ فِي النَّارِ)). قال البيهقي: اجتهد به غير علم لا يهديه إلى الحق إلا اتفاقاً، فلم يكن مأدونا له فيه. قال الطبراني: لم يرو هذا الحديث عن أبي هاشم الرّمانيّ إلا خلف بن خليفة.

وَحَلَفَ بِنُ خَلِيفَةِ الْأَشْجَمِيِّ: قَالَ ابْنُ مَعِينٍ وَالنَّسَائِيُّ: لَيْسَ بِهِ بَأْسٌ، وَقَالَ ابْنُ مَعِينٍ أَيْضًا وَأَبُو حَاتِمٍ: صَدُوقٌ، وَقَالَ ابْنُ عَدِيٍّ: أَرَجُو أَنَّهُ لَا بَأْسَ بِهِ، وَلَا أَبْرَهَ مِنْ أَنَّ يُحْطَى فِي بَعْضِ الْأَحْيَانِ فِي بَعْضِ رَوَايَاتِهِ، وَقَالَ ابْنُ سَعْدٍ: كَانَ ثَقَّةً، أَصَابَهُ الْفَالَجُ قَبْلَ مَوْتِهِ حَتَّى ضَعُفَ وَتَغَيَّرَ وَاسْتَطَلَّ. وَرَأَاهُ أَحْمَدُ قَدْ حُمِلَ مَفْرُجًا، وَقَالَ: كَانَ لَا يُفْهَمُ فَمِنْ كَتَبَ عَنْهُ قَدِيمًا فَمَسَاغُهُ مِنْهُ صَحِيحٌ. تَوَفَّى سَنَةَ ١٨٠ هـ تَقْرِيبًا وَعَمَرَهُ تِسْعُونَ سَنَةً، وَهُوَ بِبَغْدَادَ، فَإِنْ ثَبَتَ سَمَاعُ سَعِيدِ بْنِ مَنْصُورٍ عَنْهُ فِي الْكُوفَةِ كَوَكَيْعٍ، أَوْ وَاسِطٍ كَهَشِيمٍ فَحَدِيثُهُ صَحِيحٌ، وَهَذَا قَوِيٌّ مُتَحَمِّلٌ. وَكَأَنَّ أَبَا مَعْمَرٍ الْقَطِيعِيَّ نَزَلَ بِبَغْدَادَ أَخَذَ عَنْهُ بَعْدَ اخْتِلَاطِهِ فَقَلَّبَ مِنْهُ.

وَأَبُو هَاشِمٍ الرُّمَّانِيُّ: يَحْيَى بْنُ دِينَارٍ، وَقِيلَ: ابْنُ الْأَسْوَدِ: قَالَ أَحْمَدُ وَابْنُ مَعِينٍ وَأَبُو زُرْعَةَ وَالنَّسَائِيُّ: ثَقَّةٌ، وَقَالَ أَبُو حَاتِمٍ: كَانَ فَقِيهًا صَدُوقًا، وَقَالَ ابْنُ عَبْدِ الرَّبِّ: أَجْمَعُوا عَلَى أَنَّهُ ثَقَّةٌ، وَعَمَرَهُ ابْنُ حَبَّانٍ.

وَرَوَى عَلِيُّ بْنُ حَكِيمٍ وَأَبُو غَسَّانَ النَّهْدِيُّ وَالْحَسَنُ بْنُ بَشْرِ وَحَاتِمُ بْنُ إِسْمَاعِيلَ وَجُبَارَةُ بْنُ الْمَغْلَسِ عَنْ شَرِيكَ عَنْ الْأَعْمَشِ عَنْ سَعْدِ بْنِ عُبَيْدَةَ عَنْ ابْنِ بُرَيْدَةَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ: ((الْقَضَاءُ ثَلَاثَةٌ: قَاضِيَانِ فِي النَّارِ وَقَاضِي فِي الْجَنَّةِ؛ رَجُلٌ قَضَى بَعِيرَ الْحَقِّ فَعَلِمَ ذَاكَ فَذَاكَ فِي النَّارِ، وَقَاضٍ لَا يَعْلَمُ فَأَهْلَكَ حَقُوقَ النَّاسِ فَهُوَ فِي النَّارِ، وَقَاضٍ قَضَى بِالْحَقِّ فَذَلِكَ فِي الْجَنَّةِ)).

وزاد الحاكم: قالوا: فما ذنب هذا الذي يجهل؟ قال: ((ذنبه ألا يكون قاضياً حتى يعلم)).

أَخْرَجَهُ التِّرْمِذِيُّ (٣٢٢/ب) فِي الْأَحْكَامِ - بَابُ مَا جَاءَ فِي الْقَاضِي، وَالطَّبْرَانِيُّ فِي "الْكَبِيرِ" (١١٥٤)، وَالرُّوَيْانِيُّ فِي "مُسْنَدِهِ" (٦٦)، وَابْنُ عَدِيٍّ فِي "الْكَامِلِ" ٤٥٩/٢ وَ١٦/٤ وَ١٧، وَالْحَاكِمُ فِي "الْمُسْتَدْرَكِ" ٩٠/٤، وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ فِي "الْكِبَرَى" (١١٧/١٠)، وَشُعَبُ الْإِيمَانِ (٧٥٣١).

وسعد بن عبيدة السلمي أبو حمزة الكوفي: قال ابن معين والنسائي وابن سعد والعجلي: ثقة.

وتصحف عند الترمذي إلى سهل بن عبيدة، وفي "المستدرک" إلى سعيد، والصواب ما أثبتناه.

وشريك اختلط في الكوفة، وعلي بن حكيم وأبو غسان والحسن بن بشر كوفيون، وحاتم بن إسماعيل مدني أصله كوفي، وجبارة متروك، إلا أن يحيى بن حمزة الحضرمي الدمشقي تابعه متابعه قاصرة، فرواه عن سعد بن عبيدة به. أخرجه الطبراني في "الأوسط" (٦٧٨٦)، وقال: لم يروه عن سعد بن عبيدة إلا يحيى بن حمزة فترد به محمد بن بكر. اهـ. كذا قال! وتقدم أن شريكاً رواه عن الأعمش عن سعد.

وخالفهما أيوب بن جابر عن الأعمش عن عمارة بن عمير عن ابن بريدة الأسلمي عن أبيه به.

أخرجه الثوري في "الكرام والوجود" ٦٥٠. وأيوب: ضعفه ابن معين ومعاوية بن صالح وعلي بن المدني والنسائي وأبو حاتم وغيرهم. قال ابن معين: أيوب بن جابر ليس بشيء، ومحمد بن جابر ليس بشيء، وقال الجوزجاني: محمد وأيوب ابنا جابر غير مقيعين.

وروى عبيد الله بن جعفر عن إسحاق بن أبي إسرائيل عن محمد بن جابر عن أبي إسحاق عن ابن بريدة عن أبيه به. أخرجه ابن عدي في "الكمال" ١٥١/٦، ثم قال: وهذا لا أعلم رواه عن أبي إسحاق غير محمد بن جابر. وهو: اليامي، وسماعه عن أبي إسحاق قديم، فقد قال: تركت أبا إسحاق قبل أن يتخلف إليه سفيان وشريك. وضعفه يحيى بن معين والنسائي، قال أبو حفص الفلاس: صدوق، كثير الوهم، متروك الحديث. =

ورواه شهاب بن عبادٍ حدثنا عبد الله بن بكير عن حكيم بن جبير عن عبد الله بن بُريدة عن أبيه به.
أخرجه الحاكم في "المستدرک" ٩٠/٤. وقال: صحيح الإسناد ولم يُخرجه، وله شاهد بإسناد صحيح على شرط مسلم. وتعبته الذهبي فقال: ابن بكير الغنوي مُنكر الحديث.
مع أنَّ ابن حبان ذكره في "الثقات"، وقال الساجي: من أهل الصدق، وليس بالقوي، وذكر له ابن عديّ منّاكير. وهذا لا يعني أنه مُنكر الحديث.

أما حكيم بن جبير فتركه شعبة، وقال المذلقني: متروك، وقال أحمد: مُنكر الحديث، وقال النسائي: ليس بالقوي.
ورواه علي بن الحسن بن شقيق سمعت أبا حمزة السكري يقول: استشار فتية بن مسلم أهل مَرْزُ في رجل يجعله على القضاء، فأشاروا عليه عبد الله بن بُريدة، فدعاه وقال له: إني قد جعلتك على القضاء بحراسان، فقال له ابن بُريدة: ما كنت لأجيس على قضاء بعد حديث رسول الله ﷺ سمعته من أبي بُريدة يقول: سمعت رسول الله ﷺ... فذكره.

أخرجه الحاكم في "علوم الحديث" ص ٩٩- وعنه ابن عساكر ١٣٦/٢٧.

قال الحاكم: هذا الحديث تفرّد به الحراسانيون، فإن رواه عن آخرهم مروّزة.

وهذا مُشكّل، فإنه كان قاضي مَرْزُ بعد أخيه سليمان.

ورواه عبادة بن زياد الأسدي ثنا قيس بن الربيع عن علقمة بن مرثد عن سليمان بن بُريدة عن أبيه بمعناه.
أخرجه الطبراني في "الكبير" (١١٥٦) ..

قال أبو القاسم الطبراني: خالف عبد الله بن أحمد رحمه الله الناس فقال: عباد، وحدثنا عنه المطين ومحمد بن عثمان بن أبي شيبة والترمذي وغيرهم قالوا: عبادة بن زياد. وهو شيعي غال، قال أبو حاتم: محله الصدق، وقال موسى بن هارون: تركت حديثه، وقال محمد بن محمد النيسابوري الحافظ: مُجمّع على كذبه! قال الذهبي: هذا مردود، وعبادة لا بأس به غير التّشيع.

وقيس بن الربيع الأسدي: قال الذهبي: أخذ أوعية العلم، صدوق في نفسه، سيء الحفظ.

وروى آدم وشباب بن سوار وعلي بن الجعد ووهب بن جرير والطبائسي عن شعبة عن قتادة قال: سمعت رفيعاً أبا العالية يزاد آدم: وكان أدرك عليّاً قال: قال علي: القضاء ثلاثة، اثنان في النار وواحد في الجنة؛ فذكر اللذين في النار، قال: رجل جاز متعمداً فهو في النار، ورجل أراد الحق فأخطأ فهو في النار، وآخر أراد الحق فأصاب فهو في الجنة، قال قتادة: فقلت لرفيع: رأيته هذا الذي أراد الحق فأخطأ، قال: كان حقه إذا لم يعصم القضاء لا يكون قاضياً وفي رواية: ((قال: لو شاء لم يجلس يقضي، وهو لا يجلس يقضي)).

أخرجه ابن أبي شيبة ٣٥٥/٥ - وعنه ابن حزم في "الأحكام" ٧٨٠/٦، وذكره البعاري في "التاريخ الكبير" ٣٢٦/٣، وأخرجه في "التاريخ الأوسط" (٨١٤)، والنعوي في "مسند علي بن الجعد" (٩٨٩)، وابن عدي في "الكامل" ١٦٤/٣، والبيهقي في "الكبرى" ١١٧/١٠.

قال البيهقي: تفسير أبي العالية - على من لم يحسن يقضي - دليل على أنَّ الخبر رُوِيَ فيمن اجتهد رأيَه وهو من غير رأي الاجتهاد، فإن كان من أهل الاجتهاد فأخطأ فيما يسوغ فيه الاجتهاد رُفِع عنه خطوؤه إن شاء الله بحكم النبي ﷺ في حديث عمرو بن العاص وأبي هريرة رضي الله عنهما. وبالله التوفيق.

= وروى الأنصاريُّ وزائدة عن هشامٍ عن حفصة عن أبي العالية سَمِعَ عَلِيًّا رضي الله عنه قال: ((الْقَضَاءُ ثَلَاثَةٌ)).

أخرجه البخاريُّ في "الأوسط" (٨١٩) - وعنه ابنُ عساکر ٢٥٩/١٠ - ١٦٣/١٨.

ورواه عبد الرزاق في "المصنّف" (٢٠٦٧٥) عن معمرٍ في "الجامع" عن قَتَادَةَ أنَّ عَلِيًّا... فذكره.

وروى عبد الله بنُ جعفرٍ عن عياض بن عبد الرحمن الحَجَبِيِّ [يَعُدُّ في أهل المدينة] عن ابن أبي ليلى عن أبيه عن عليٍّ قال: الْقَضَاءُ ثَلَاثَةٌ. ذكره البخاريُّ في "التاريخ الكبير" ٢١/٧ - ٢٢، وابنُ أبي حاتمٍ في "الجرح والتعديل" ٤٠٨/٤. سَقَطَ من "تاريخ البخاري": ابنُ أبي ليلى.

وعبدُ الله بنُ جعفرٍ المَدِينِيُّ: ضعيفٌ جداً.

وروى محمد بنُ عبد الأعلى عن مُعْتَمِر بن سليمان سَمِعْتُ عبدَ الملك يُحَدِّثُ عن عبد الله بن مَوْهَبٍ أنَّ عثمانَ قال لابن عمر: اذْهَبْ قَاضِيًا يَنْبَغِي لِلنَّاسِ، قال: أَوْ تَعَايِنِي يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ؟ قال: فما تَكْرَهُ مِنْ ذَلِكَ وقد كان أبوك يقضي؟ قال: إِنِّي سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يقول: ((مَنْ كَانَ قَاضِيًا فَقَضَى بِالْعَدْلِ فَالْحَرِيُّ أَنْ يَنْقَلِبَ مِنْهُ كِفَافًا)) فما أَرَجُو بَعْدَ ذَلِكَ؟ وفي الحديثِ قِصَّةٌ.

أخرجه الترمذيُّ في "السنن" (١٣٢٢) في الأحكام - باب ما جاء في القاضي، وفي "العَلَلُ الكبير" كما في "ترتيبه" للقاضي (٣٥١)، ثم قال: حديث ابن عمر غريب، وليس إسناده عندي بمتمصل.

وعبدُ الملك: قال البخاريُّ وأبو حاتمٍ: هو ابنُ أبي جميلة، زاد أبو حاتمٍ: مجهولٌ، وذكره ابنُ حبانٍ في "الثقات".
وعبدُ الله بنُ مَوْهَبٍ الهَمْدَانِيُّ الشَّامِيُّ قَاضِيًا فِلَسْطِينِيًّا، قال ابنُ مَعِينٍ: لا أَعْرِفُهُ، وقال يعقوب بن سفيان والعجليُّ: ثَقَّةٌ، وقال الترمذيُّ: سألتُ مُحَمَّدًا عَنْهُ فقال: عبدُ الله بنُ مَوْهَبٍ عن عثمانَ مُرْسَلٌ. قال أبو حاتمٍ: عبدُ الله هو: ابنُ مَوْهَبٍ الرَّمْلِيُّ عَلَى مَا أَرَى، هو عن عثمانَ مُرْسَلٌ.

ورواه أُمَيَّة بنُ بسطامٍ وشيبان بن فروخ عن مُعْتَمِر بن سليمان سَمِعْتُ عبدَ الملك بنِ أَبِي جَمِيلَةَ يُحَدِّثُ عن عبد الله بن مَوْهَبٍ أنَّ عثمانَ... به. وفيه: أَسَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يقول: ((مَنْ عَادَ بِاللَّهِ فَقَدْ عَادَ عَادًا مَعَادًا))؟ قال: نعم. وقال: إِنِّي سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يقول: ((مَنْ كَانَ قَاضِيًا فَقَضَى بِجَهْلٍ كَانَ مِنْ أَهْلِ النَّارِ...)) الحديث.

أخرجه أبو يَعْلَى في "مسنده" (٥٧٢٧) - وعنه الضَّيَّاءُ في "المختارة" (٣٩٩)، وابنُ حبانٍ كما في "الإحسان" (٥٠٥٦)، والطَّبْرَانِيُّ في "الكبير" (١٣٣١٩)، و"الأوسط" (٢٧٥٠)، وأبو سعيدٍ النَّقَاشُ في "القضاء" كما في "كنز العمال" ٩٧/٦، وذكره ابنُ أبي حاتمٍ في "العلل" ٤٦٨/١.

قال الطَّبْرَانِيُّ: ولا يُروى عن ابن عمرٍ إلَّا بهذا الإسنادِ نَفَرَدَ بِهِ مُعْتَمِرٌ.

وقال: عبدُ الله بن مَوْهَبٍ هذا هو عندي عبدُ الله بن مَوْهَبٍ بن زَمْعَةَ، زاد ابنُ حبانٍ: ابنُ الأسودِ الْقُرَاشِيُّ مِنْ الْمَدِينَةِ رَوَى عَنْهُ الزُّهْرِيُّ. قال ابنُ حَجَرٍ في "التلخيص" ١٨٥/٤: وَهَيْمٌ فِي ذَلِكَ، وَإِنَّمَا هُوَ عَبْدُ اللَّهِ بنُ مَوْهَبٍ. وقال في "المجموع": ورجالُ "الكبير" ثَقَاتٌ.

وذكره الضَّيَّاءُ المقدِسِيُّ في "المختارة" بعنوان: عبدُ الله بن مَوْهَبٍ الفِلَسْطِينِيُّ عن عثمانَ رضي الله عنه، =

ثم رواه عن طريق محمد بن إبراهيم بن علي أنا أحمد بن علي بن المثنى ثنا أمية... به، وقال: عن عبد الله بن موهب أن عثمان قال لابن عمر...، ثم قال: ورواه أبو حاتم بن حبان عن الحسن بن سفيان عن أمية بن بسطام بإسناده، وعنده: عبد الله بن موهب، روى أبو بكر أحمد بن عمرو بن أبي عاصم بعضه عن أمية بن بسطام بإسناده، وقال: عبد الله بن موهب، وروى نحوه حمدان بن عمرو الموصلي عن غسان بن الربيع عن أبي سلام عن يزيد بن عبد الله بن موهب أن عثمان بن عفان قال لعبد الله بن عمر: اقض بين الناس، والله أعلم بصواب ذلك.

وروى حماد بن سلمة عن أبي سنان عن يزيد بن عبد الله بن موهب أن عثمان قال لابن عمر: اقض بين الناس، فقال: لا أقضي بين اثنين، ولا أؤمهما، قال: فإن أباك كان يقضي! فقال: إن أبي كان يقضي، فإن أشكل عليه شيء سألت النبي ﷺ، فإذا أشكل على النبي ﷺ شيء سألت جبريل، وإني لا أجد من أسأله، وإني لست مثل أبي، وإنه يلقي أن القضاء ثلاثة: رجل جاف فمال به الهوى فهو في النار، ورجل تكلف القضاء قضى بجهل فهو في النار، ورجل اجتهد فأصاب فذلك ينجو كفافاً، لا له ولا عليه، قال: وقال: أسعيت النبي ﷺ يقول: ((من عاد بالله فقد عاد بعماد))، قال عثمان: بلى، قال: فإني أعود بالله أن تستعملني، فأعفا، وقال: لا تخبر بهنا أحداً.

أخرجه أحمد ٦٦/١، وعبد بن حميد (٤٨)، وابن سعد في "الطبقات" ١٤٦/٤، والبيهقي كما في "المجموع" ١٩٣/٤. وأبو سنان عيسى بن سنان القسلي: ضعفه أحمد وابن معين في رواية، والنسائي وأبو زرعة في رواية، وقال ابن معين في رواية: ثقة!

وقال أبو زرعة يعقوب بن شيبة: لئن الحديث، قال أبو حاتم: ليس بالقوي، وقال العللي: ليس به بأس، وذكره ابن حبان في "الثقات". وقال الهيثمي في "المجموع" ٢٠٠/٥: يزيد لم أعرفه، وبقية رجاله رجال الصحيح، مع أنه قال في ١٩٣/٤: رجاله ثقات!

يزيد بن عبد الله بن موهب قاضي أهل الشام، ذكره ابن حبان في "الثقات".

ولعل يزيد سمعه من أبيه، ثم رواه لأبي سنان مرسلاً، أو أرسله أبو سنان، أو يكون وهما من أبي سنان، فقد خالف فيه المعتمر بن سليمان كما تقدم.

وروى الفضل بن يزيد الجعفي ثنا إبراهيم بن الحكم بن ظهير ثنا أحمد بن الفرات عن محارب عن ابن عمر قال رسول الله ﷺ... به. أخرجه الفضايعي في "مسند الشهاب" (٣١٧).

وإبراهيم بن الحكم بن ظهير أبو إسحاق: كتب عنه أبو حاتم بالرأي، ولم يحدث عنه، ترك حديثه، وقال: هو كذاب، وقال الدارقطني والأزدي: ضعيف.

ولم أجد أحمد بن الفرات في هذه الطبقة، إنما وجدت أن محمد بن الفرات أحد تلامذة محارب بن دينار! فهنا من ابن ظهير إما وهم أو تدليس. وعنده بن الفرات: قال ابن أبي شيبة وعمد بن عمار: كذاب، وقال البخاري: منكر الحديث، ورواه أحمد بالكذب، وقال أبو داود: روى عن محارب أحاديث موضوعة، وقال النسائي والأزدي: متروك الحديث.

(وَيَجُوزُ تَقْلُدُ^(١) الْقَضَاءِ مِنَ السُّلْطَانِ الْعَادِلِ وَالْجَائِرِ).....

٣٠٧/٤

[٢٦٠٣٧] (قوله: وَيَجُوزُ تَقْلُدُ الْقَضَاءِ مِنَ السُّلْطَانِ الْعَادِلِ وَالْجَائِرِ) [٢٠٠٣/ب] أي: الظالم، وهذا ظاهرٌ في اختصاصِ توليةِ القضاءِ بالسُّلْطَانِ وَغَوِيهِ كَالْخَلِيفَةِ، حَتَّى لَوْ اجْتَمَعَ أَهْلُ بِلَدَةٍ عَلَى تَوَلِيَةِ وَاحِدٍ الْقَضَاءَ لَمْ يَصِحَّ، بِخِلَافِ مَا لَوْ وَلَّوْا سُلْطَانًا بَعْدَ مَوْتِ سُلْطَانِهِمْ كَمَا فِي "الْبَزَازِيَّة"^(٢)، "نَهْر"^(٣)، وَتَمَامُهُ فِيهِ.

قلتُ: وهذا حيثُ لا ضرورةَ، وإِلَّا فَلَهُمْ تَوَلِيَةُ الْقَاضِي أَيْضًا كَمَا يَأْتِي بَعْدَهُ^(٤).

- وروى سعيد بن محمد بن العلاء السُّهْمِيُّ ثنا مُحَمَّدُ بْنُ مُسْلِمٍ الطَّائِفِيُّ ثنا عَمْرُو بْنُ دِينَارٍ عَنْ ابْنِ عَمَرَ قَالَ: أَرَادَهُ عُمَانٌ عَلَى الْقَضَاءِ فَأَتَى، وَقَالَ: سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ: ((الْقَضَاءُ ثَلَاثَةٌ، وَاحِدٌ نَاجٍ وَثَانٍ فِي النَّارِ، مَنْ قَضَى بِالْجَوْرِ أَوْ بِالْهَوَى هَلَكَ، وَمَنْ قَضَى بِالْحَقِّ نَجَّى)). أَخْرَجَهُ الطُّرَاثِيُّ فِي "الْأَوْسَطِ" (٣٨٢٨)، وَقَالَ: لَمْ يَرَوْهُ عَنْ عَمْرٍو إِلَّا مُحَمَّدٌ.

أَمَّا سَعِيدٌ: فَلَمْ أَجِدْهُ، وَأَمَّا مُحَمَّدُ بْنُ مُسْلِمٍ: فَتَفَقَّهَ فِي كِتَابِهِ، دُونَ ابْنِ عُيَيْنَةَ فِي عَمْرٍو وَفَوْقَ دَاوُدَ الْعَقَّارِ.

قَالَ ابْنُ حَجَرٍ فِي "الإصابة" ٤٦٥/٢: عَجَّلَانُ مَوْلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ رَوَى عَنْهُ حَدِيثُ ((الْقَضَاءُ ثَلَاثَةٌ))، وَعَنْهُ ابْنُهُ.

أَخْرَجَهُ عَبْدُ الصَّمَدِ بْنُ سَعِيدٍ فِي "طَبَقَاتِ الْحَمِصِيِّينَ" مِنْ طَرِيقِ عَمْرٍو بْنِ شَرَحْبِيلِ الْخَوْلَانِيِّ سَمِعْتُ ابْنَ الْعَجَّلَانِ بِهَذَا.

وَرَوَى عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ مَهْدِيٍّ وَمُحَمَّدُ بْنُ سَلَامٍ وَبِسَامُ بْنُ يَزِيدَ وَالْأَحْوَصُ بْنُ الْمُفَضَّلِ ثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ سَلَمَةَ عَنْ حُمَيْدٍ قَالَ: دَخَلْنَا مَعَ الْحَسَنِ عَلَى إِبْرَاهِيمَ بْنِ مُعَاوِيَةَ حِينَ اسْتَقْضَى، قَالَ: فَبَكَى إِبْرَاهِيمَ، وَقَالَ: يَا أَبَا سَعِيدٍ يَقُولُونَ: الْقَضَاءُ ثَلَاثَةٌ، الثَّانِي فِي النَّارِ وَوَاحِدٌ فِي الْجَنَّةِ، فَقَالَ الْحَسَنُ: إِنَّ فِيمَا قَصَّ اللَّهُ عَلَيْكَ مِنْ بَنَاءِ سُلَيْمَانَ مَا يَرُدُّ عَلَى مَنْ قَالَ هَذَا، وَقَرَأَ ﴿وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ﴾ إِلَى قَوْلِهِ ﴿وَشَاهِدِينَ﴾ فَحَيَّدَ سُلَيْمَانَ لَصَوَابِهِ وَلَمْ يَذُمَّ دَاوُدَ خَطِيئَةً.

أَخْرَجَهُ ابْنُ الْمُنْذَرِ وَأَبْنُ أَبِي حَاتِمٍ كَمَا فِي "الدُّرِّ الْمُنْثَوْرِ" [الأنبياء/٧٨]، وَأَخْرَجَهُ ابْنُ أَبِي الدُّنْيَا فِي "الإشرافِ" مِنْ أَسْوَاقِ الْأَشْرَافِ (٢٤٥)، وَمُحَمَّدُ بْنُ خَلْفٍ الْمَلْقَبُ بِوَكَيْعٍ ٣١٣/١، وَالدَّيْنَوْرِيُّ فِي "المجالسة" (١٥٩٧)، وَابْنُ عَسَاكَمٍ فِي "تاريخه" ٢٥/١٠، ٢٦، وَابْنُ حَجَرٍ فِي "تغليق التعليق" ٢٩٢/٥، ٢٩٣، مِنْ طَرِيقِ الصُّوْلِيِّ.

وَقَالَ ابْنُ حَجَرٍ فِي "التلخيص" ١٨٥/٤: لَهُ طَرِيقٌ... قَدْ جُمِعَتْهَا فِي جُزْءٍ مُفْرَدٍ.

(١) فِي "د": ((تقليد)).

(٢) "الْبَزَازِيَّة": كِتَابُ أَدَبِ الْقَاضِي - الْفَصْلُ الْأَوَّلُ فِي التَّقْلِيدِ ١٣٠/٥ (هَامِشُ "الْفَتَاوَى الْهِنْدِيَّة").

(٣) "النهر": كِتَابُ الْقَضَاءِ ق ٤٢٨/ب.

(٤) فِي الْمَقُولَةِ الْآتِيَةِ.

ولو كافراً، ذكره "مسكين"^(١) وغيره، إلا إذا كان يمنعه عن القضاء بالحق فيحرم، ولو فقد والٍ لعلبة كفار وجب على المسلمين تعيين والٍ وإمام الجمعة، "فتح"^(٢)،

مطلب في حكم تولية القضاء في بلاد تغلب عليها الكفار

(٢٦٠٣٨) (قوله: ولو كافراً) في "التتارخانية": ((الإسلام ليس بشرط فيه، أي: في السلطان الذي يُقلد، وبلاد الإسلام التي في أيدي الكفرة لا شك أنها بلاد الإسلام^(٣) لا بلاد الحرب؛ لأنهم لم يظهروا فيها حكم الكفر، والقضاة مسلمون، والملوك الذين يطيعونهم عن ضرورة مسلمون، ولو كانت عن غير ضرورة منهم ففساق، وكل مصر فيه والٍ من جهتهم تحوز فيه إقامة الجمع والأعياد، وأخذ الخراج، وتقليد القضاة، وتزويج الأيامى؛ لاستيلاء المسلم عليه. وأما إطاعة الكفر فذاك مخادعة.

وأما بلاد عليها ولاه كفار فيحوز للمسلمين إقامة الجمع والأعياد، ويصير القاضي قاضياً بتراضي المسلمين، فيجب عليهم أن يلتبسوا والياً مسلماً منهم)) اهـ. وعزاه "مسكين" في "شرحه"^(٤) إلى "الأصل"^(٥)، ونحوه في "جامع الفصولين"^(٦).

وفي "الفتح"^(٧): ((وإذا لم يكن سلطاناً، ولا من يحوز التقيد^(٨)) منه كما هو في بعض بلاد المسلمين غلب عليهم الكفار كفرطبة الآن، يجب على المسلمين أن يتفقوا على واحدٍ منهم يجعلونه والياً فيؤلي قاضياً ويكون هو الذي يقضي بينهم، وكذا ينصبوا إماماً يُصلي بهم الجمعة)) اهـ.

(١) انظر "شرح منلا مسكين على الكنز": كتاب القضاء ص ١٩٦.

(٢) "الفتح": كتاب أدب القاضي ٣٦٥/٦.

(٣) في "أ": ((إسلام)).

(٤) "شرح منلا مسكين على الكنز": كتاب القضاء ص ١٩٦.

(٥) كتاب القضاء ليس في القسم المطبوع من "الأصل".

(٦) "جامع الفصولين": الفصل الأول في القضاء وما يتصل به إلخ ١١/١.

(٧) "الفتح": كتاب أدب القاضي ٣٦٥/٦ باختصار.

(٨) في "ك" و"أ": ((التقليد)).

(ومن) سلطان الخَوارجِ وأهلِ البَغْيِ)، وإذا صَحَّتِ التَّوْلِيَةُ صَحَّ الْعَزْلُ، وإذا رُفِعَ قَضَاءُ
الباغِي إلى قاضي العَدْلِ نَفَذَهُ، وقيل: لا،
.....

وهذا هو الذي تَطْمَنُّ النَّفْسُ إِلَيْهِ، فَلْيَعْتَمِدْ، "نهر"^(١). والإشارةُ بقوله: ((وهذا)) إلى
ما أَفَادَهُ كَلَامُ "الْفَتْح"^(٢): ((مِنْ عَدَمِ صَحَّةِ تَقْلِيدِ الْقَضَاءِ مِنْ كَافِرٍ)) عَلَى خِلَافِ مَا مَرَّ^(٣)
عَنْ "التَّارِخَانِيَّةِ"، وَلَكِنْ إِذَا وَلَّى الْكَافِرُ عَلَيْهِمْ قَاضِيًا وَرَضِيَهُ الْمُسْلِمُونَ صَحَّتْ تَوْلِيَتُهُ بِلا
شُبْهَةٍ، تَأْمَلْ.

ثُمَّ إِنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ الْبِلَادَ الَّتِي لَيْسَتْ تَحْتَ حُكْمِ سُلْطَانٍ بَلْ لَهُمْ أَمِيرٌ مِنْهُمْ مُسْتَقِيلٌ
بِالْحُكْمِ عَلَيْهِمْ بِالتَّغْلِبِ أَوْ بِاتِّفَاقِهِمْ عَلَيْهِ يَكُونُ ذَلِكَ الْأَمِيرُ فِي حُكْمِ السُّلْطَانِ، فَيَصِحُّ مِنْهُ
تَوْلِيَةُ الْقَاضِي عَلَيْهِمْ.

[٢٦٠٣٩] (قوله: ومن سلطان الخَوارجِ وأهلِ البَغْيِ) تَقَدَّمَ^(٤) الْفَرْقُ بَيْنَهُمَا فِي بَابِ الْبُغَاةِ.
[٢٦٠٤٠] (قوله: صَحَّ الْعَزْلُ) فَإِذَا وَلَّى سُلْطَانُ الْبُغَاةِ بَاغِيًا وَعَزَلَ الْعَدْلَ ثُمَّ ظَهَرْنَا^(٥)
عَلَيْهِمْ اِحْتِيَاجَ قَاضِيِ أَهْلِ الْعَدْلِ إِلَى تَجْدِيدِ التَّوْلِيَةِ، "نهر"^(٦).

[٢٦٠٤١] (قوله: نَفَذَهُ) أَي: حَيْثُ كَانَ مُوَافِقًا أَوْ مُخْتَلَفًا فِيهِ كَمَا فِي سَائِرِ الْقَضَاةِ، وَهُوَ

(قوله: عَلَى خِلَافِ مَا مَرَّ عَنْ "التَّارِخَانِيَّةِ" الظَّاهِرُ: أَنَّ مَا فِي "الْفَتْحِ" هُوَ الشَّقُّ الثَّانِي فِي عِبَارَةِ
"التَّارِخَانِيَّةِ" الْمَذْكُورُ بِقَوْلِهِ: ((وَأَمَّا بِلَادُ الْإِخِّ))، فَلَا مُخَالَفَةَ بَيْنَ الْعَبَارَتَيْنِ. ثُمَّ إِنَّ صَحَّةَ تَوْلِيَةِ الْكَافِرِ
لَا تُفِيدُ صَحَّةَ سُلْطَانِيَّتِهِ خِلَافًا لِمَا فِي "الْبَحْرِ" كَمَا فِي "السُّنْدِيِّ".

(١) "النهر": كتاب القضاء ق ٤٢٩/أ.

(٢) "الفتح": كتاب أدب القاضي ٣٦٥/٦.

(٣) فِي هَذِهِ الْمَقُولَةِ.

(٤) الْمَقُولَةُ [٢٠٥٥٦] قَوْلُهُ: ((وَعَوَّارُجٌ وَهُمْ قَوْمٌ الْإِخِّ)).

(٥) فِي "الْأَصْلِ": ((ظَهَرَ)).

(٦) "النهر": كتاب القضاء ق ٤٢٩/أ.

وبه جزم "الناصحي". (فيذا تقلد^(١) طلب ديوان قاضي قبله) يعني: السجلات،.....

مُصرَّح به في "فصول العمادي"^(٢)، ويدلُّ بمفهوميهِ على أنَّ القاضي لو كان من البُعاة فإنَّ قضاياهُ تَنفُذُ كسائرِ فُسَّاقِ أَهْلِ العَدْلِ؛ لأنَّ الفاسقَ يَصْلُحُ قاضياً في الأصحَّ، ودَكَرَ في "الفصول"^(٣) ثلاثة أفعالٍ فيه: الأوَّلُ: ما ذَكَرْنا، وهو المَعْتَمَدُ. الثاني: عَدَمُ النِّفاذِ، فيذا رُفِعَ إلى العادلِ لا يُعْضِيهِ. الثالثُ: حُكْمُهُ حُكْمُ المُحْكَمِ يُعْضِيهِ لو وافق رأيه وإلاَّ أَبْطَلَهُ. اهـ "بحر"^(٤).

[٢٦٠٤٢] (قوله: وبه جزم "الناصحي") لكن قد عِلِمْتُ^(٥) ما هو المَعْتَمَدُ.

[٢٦٠٤٣] (قوله: فيذا تقلد طلب ديوان قاضي قبله) في "القاموس"^(٦): ((الدَّيْوانُ، ويُفتح: مُجْتَمَعُ الصُّحُفِ، والكتابُ يُكْتَبُ فيه أَهْلُ الجَيْشِ وأَهْلُ العَطِيَّةِ، وأوَّلُ مَنْ وَضَعَهُ "عمر" رَضِيَ اللهُ تَعَالَى عَنْهُ^(٧)، حَمْعُهُ: دَوَاوِينُ وَدَيَاوِينُ)) اهـ.

(١) في "و": ((فيذا تقلد القضاء طلب إلخ)).

(٢) انظر "جامع الفصولين": الفصل الأول في القضاء وما يتصل به من عزل قاض أو وصي أو وكيل أو مأمور ١٣/١.

(٣) "البحر": كتاب القضاء - فصل في التقليد ٢٩٨/٦ - ٢٩٩.

(٤) في المقالة السابقة.

(٥) "القاموس": مادة ((دون)).

(٦) قال ابن حجر في "فتح الباري" ١٤٧/٨: وقد ثبت أنَّ أوَّلَ مَنْ دَوَّنَ الدِّيْوانَ عمرُ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ.

روى زهير بن محمد بن قعير عن حسين بن محمد قال: حَدَّثَنَا أَبُو مَعْشَرٍ عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ عَنْ أَبِيهِ وَعَنْ عَمْرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ مَوْلَى غَفْرَةَ قَالَا: ((قَدِمَ عَلَى أَبِي بَكْرٍ مَالٌ مِنَ الْبَحْرَيْنِ ثُمَّ اسْتَحْيَفَ عُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فَفَتَحَ اللَّهُ عَلَيْهِ الْفَتْوحَ فَجَاءَهُ أَكْثَرُ مِنْ ذَلِكَ الْمَالِ، فَقَالَ: قَدْ كَانَ لِأَبِي بَكْرٍ فِي هَذَا الْمَالِ رَأْيِي، وَلِي رَأْيِي آخَرُ، لَا أَجْعَلُ مَنْ قَاتَلَ رَسُولَ اللَّهِ كَمْ قَاتَلَ مَعَهُ، فَفَضَّلَ الْمُهَاجِرِينَ وَالْأَنْصَارَ، وَفَرَضَ لِمَنْ شَهِدَ بَدْرًا مِنْهُمْ خَمْسَةَ آلَافٍ خَمْسَةَ آلَافٍ، وَمَنْ كَانَ إِسْلَامُهُ قَبْلَ إِسْلَامِ أَهْلِ بَدْرِ فَرَضَ لَهُ أَرْبَعَةَ آلَافٍ أَرْبَعَةَ آلَافٍ، وَفَرَضَ لِأَزْوَاجِ رَسُولِ اللَّهِ اثْنِي عَشَرَ أَلْفًا لِكُلِّ امْرَأَةٍ إِلَّا صَغِيرَةً وَجُورِيَّةً فَرَضَ لِكُلِّ وَاحِدَةٍ سِتَّةَ آلَافٍ سِتَّةَ آلَافٍ فَأَتَيْنَ أَنْ يَأْخُذْنَهَا، فَقَالَ: إِنَّمَا فَرَضْتُ لَهُنَّ بِالْهَجْرَةِ، قُلْنَ: مَا فَرَضْتَ لَهُنَّ مِنْ أَجْلِ الْهَجْرَةِ، إِنَّمَا فَرَضْتُ لَهُنَّ مِنْ مَكَانِهِنَّ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ وَلَنَا مِثْلُ مَكَانِهِنَّ، فَأَبْصَرَ ذَلِكَ فَجَعَلَهُنَّ سَوَاءً مِثْلَهُنَّ، وَفَرَضَ لِلْعَبَّاسِ بْنِ عَبْدِ الْمُطَّلِبِ اثْنِي عَشَرَ أَلْفًا؛ لِقَرَابَتِهِ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ، وَفَرَضَ لِأَسَامَةَ بْنِ زَيْدٍ أَرْبَعَةَ آلَافٍ، وَفَرَضَ لِلْحَسَنِ وَالْحُسَيْنِ خَمْسَةَ آلَافٍ خَمْسَةَ آلَافٍ فَالْحَقَّ هُمَا بِأَيُّهُمَا؛ لِقَرَابَتِهِمَا مِنْ رَسُولِ اللَّهِ، وَفَرَضَ لِعَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرِ ثَلَاثَةَ آلَافٍ، فَقَالَ: يَا أَبَتِ فَرَضْتَ لِأَسَامَةَ بْنِ زَيْدٍ أَرْبَعَةَ آلَافٍ، وَفَرَضْتَ لِي ثَلَاثَةَ آلَافٍ، فَمَا كَانَ لِأَبِيهِ مِنَ الْفَضْلِ مَا لَمْ يَكُنْ لَكَ؟ وَمَا كَانَ لَهُ مِنَ الْفَضْلِ مَا لَمْ يَكُنْ لِي؟ فَقَالَ: إِنَّ أَبَاهُ كَانَ أَحَبَّ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ مِنْ أَيْكِلٍ، وَهُوَ كَانَ أَحَبَّ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ مِنْكَ، وَفَرَضَ لِأَبْنَاءِ الْمُهَاجِرِينَ وَالْأَنْصَارِ مِثْنَ شَهِدَ بَدْرًا الْفَيْنِ الْفَيْنِ ... فَجَعَلَ عُمَرُ عُمَرَهُ بِهَذَا ...))، وَفِيهِ: ((إِنِّي قَدْ دَوَّنْتُ الدِّيْوانَ وَمَصَّرْتُ الْأَمْصَارَ...)) -

= أخرجه الزُّرَّار في "البحر الرُّحَّار" (٢٨٦)، ثم قال: وهذا الحديث قد روي نحو كلامه عن عمر في صفة مقتله من وجوه، ولا تعلم روي عن زيد بن أسلم عن أبيه بهذا التمام إلا من حديث أبي معشر عن زيد عن أبيه. وأبو معشر: نحيح بن عبد الرحمن السُّنْدِيُّ ضعيف. وعمر مولى عُفْرَةَ ضعيف.

وروي معمر عن الزُّهري عن إبراهيم بن عبد الرحمن بن عوف قال: ((لَمَّا أَنِّي عَمُرُ بَكَنُوزَ كِيسَرَى قَالَ لَهُ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ الْأَرْقَمِ الزُّهْرِيُّ: أَلَا تَجْعَلُهَا فِي بَيْتِ الْمَالِ حَتَّى تَقْسِمَهَا، قَالَ: لَا يُظْلَمُهَا سَقْفٌ حَتَّى أَضَيَّهَا، فَأَمَرُ بِهَا فَوُضِعَتْ فِي صِرْحِ الْمَسْجِدِ، فَبَاتُوا يَحْرُسُونَهَا، فَلَمَّا أَصْبَحَ أَمَرَ بِهَا فَكُثِفَتْ عَنْهَا، فَرَأَى فِيهَا مِنَ الْحُمْرِ وَالْبَيْضَاءِ مَا يَكَادُ يَتَلَأَلُ مِنْهُ الْبَصَرُ. قَالَ: فَبَكَى عَمُرُ، فَقَالَ لَهُ عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ عُوفٍ: مَا يَكِيكَ يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ؟ فَوَاللَّهِ إِنْ كَانَ هَذَا يَوْمَ شُكْرِ وَيَوْمَ سُرُورٍ وَيَوْمَ فَرَحٍ، فَقَالَ عَمُرُ: كَلَّا إِنَّ هَذَا لَمْ يُعْطَهُ قَوْمٌ إِلَّا أَلْقَى بَيْنَهُمُ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ. ثُمَّ قَالَ: أَنْكِلْ لَهُمُ الصَّاعُ أَمْ نَحْنُ؟ فَقَالَ عَلِيٌّ: بَلِ احْتُوا لَهُمْ، ثُمَّ دَعَا حَسَنَ بْنَ عَلِيٍّ أَوَّلَ النَّاسِ فَحَسَا لَهُ، ثُمَّ دَعَا حُسَيْنًا، ثُمَّ أَعْطَى النَّاسَ، وَدَوَّنَ الدَّوَانِينَ، وَفَرَضَ لِلْمُهَاجِرِينَ لِكُلِّ رَجُلٍ مِنْهُمْ خَمْسَةَ آلَافٍ دِرْهَمٍ فِي كُلِّ سَنَةٍ، وَلِلْأَنْصَارِ لِكُلِّ رَجُلٍ مِنْهُمْ أَرْبَعَةَ آلَافٍ دِرْهَمٍ، وَفَرَضَ لِأَزْوَاجِ النَّبِيِّ لِكُلِّ امْرَأَةٍ مِنْهُنَّ اثْنَى عَشَرَ أَلْفَ دِرْهَمٍ إِلَّا سَمِيَّةَ وَجُوَيْرِيَةَ فَرَضَ لِكُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا سِتَّةَ آلَافٍ دِرْهَمٍ)).

أخرجه عبد الرزاق (٢٠٠٣٦) - عن معمر في "الجامع" - باب الديوان.

وروي محمد بن عمر الواقدي عن عاذل بن يحيى عن أبي الحويرث عن جبير بن الحويرث بن نقيد ((أَنَّ عَمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ اسْتَشَارَ الْمُسْلِمِينَ فِي تَدْوِينَ الدِّيَّانِ، فَقَالَ لَهُ عَلِيٌّ بْنُ أَبِي طَالِبٍ: تَقْسِمُ كُلَّ سَنَةٍ مَا اجْتَمَعَ إِلَيْكَ مِنْ مَالٍ وَلَا نَمِيكَ مِنْ شَيْءٍ، وَقَالَ عُمَانُ بْنُ عَقَانَ: أَرَى مَالًا كَثِيرًا يَسْعُ النَّاسَ وَإِنْ لَمْ يُحْصَوْا حَتَّى تَعْرِفَ مَنْ أَخَذَ مِنْهُ لَمْ يَأْخُذْ خَشِيَةَ أَنْ يَنْتَشِرَ الْأَمْرُ، فَقَالَ لَهُ الْوَلِيدُ بْنُ هِشَامٍ مِنَ الْغَيْبَةِ: يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ! قَدْ جِئْتُ الشَّامَ فَرَأَيْتُ مَلُوكَهَا قَدْ دَوَّنُوا دِيوَانًا وَجَدُوا جُنُودًا دَوَّنُوا وَجَدُوا جُنُودًا، فَأَخَذَ بِقَوْلِهِ، فِدَعَا عَقِيلَ بْنَ أَبِي طَالِبٍ وَمُحْرَمَةَ بْنَ نُوْفَلٍ وَجُبَيْرَ بْنَ مُطْعِمٍ وَكَانُوا مِنْ نَسَابِ قُرَيْشٍ، فَقَالَ: اكْتُبُوا النَّاسَ عَلَى مَنَازِلِهِمْ فَكُتِبُوا، فَبَدَّوْا بَيْنِي وَهَاشِمَ، ثُمَّ اتَّبَعُوهُمْ أَبَا بَكْرٍ وَقَوْمَهُ، ثُمَّ عَمَرَ وَقَوْمَهُ عَلَى الْخِلَافَةِ، فَلَمَّا نَظَرَ إِلَيْهِ عَمَرُ قَالَ: وَدِدْتُ - وَاللَّهِ - أَنَّهُ هَكَذَا وَلَكِنْ ابْدُؤُوا بِقَرَابَةِ النَّبِيِّ ﷺ الْأَقْرَبِ فَأَلْقَرَبَ حَتَّى تَضَعُوا عَمَرَ حَيْثُ وَضَعَهُ اللَّهُ)). أخرجه ابن سعد في "الطبقات الكبرى ٢٩٥/٣.

قال ابن سعد: أخبرنا محمد بن عمر قال: حدثني أسامة بن زيد بن أسلم عن يحيى بن عبد الله بن مالك عن أبيه عن جده (ح)، قال محمد بن عمر: وأخبرنا سليمان بن داود بن الحصين عن أبيه عن عكرمة عن ابن عباس (ح)، قال محمد بن عمر: وأخبرنا عبد الله بن جعفر عن عثمان بن محمد الأحنسي (ح)، قال محمد بن عمر: وأخبرنا موسى بن محمد بن إبراهيم عن أبيه (ح)، قال: وحدثني محمد بن عبد الله عن الزُّهري عن سعيد بن المسيب - دخل حديث بعضهم في حديث بعض - قالوا: ((لَمَّا أَجْمَعَ عَمُرُ بْنُ الْخَطَّابِ عَلَى تَدْوِينَ الدِّيَّانِ وَذَلِكَ فِي الْمَحْرَمِ سَنَةَ عَشْرِينَ بَدَأَ بِنَبِيِّ هَاشِمٍ فِي الدَّعْوَةِ ثُمَّ الْأَقْرَبِ فَلِأَقْرَبِ بِرَسُولِ اللَّهِ، فَكَانَ الْقَوْمُ إِذَا اسْتَوَوْا فِي الْقَرَابَةِ بِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ قَدَّمَ أَهْلَ السَّابِقَةِ حَتَّى انْتَهَى إِلَى الْأَنْصَارِ فَقَالُوا: بِنِ بَدَأَ؟ فَقَالَ عَمَرُ: ابْدُؤُوا بِرَهْطِ سَعْدٍ فِي مَعَاذِ الْأَشْهَلِيِّ ثُمَّ الْأَقْرَبِ فَلِأَقْرَبِ بِسَعْدٍ فِي مَعَاذِ، وَفَرَضَ عَمَرُ لِأَهْلِ الدِّيَّانِ فَفَضَّلَ أَهْلَ السَّوَابِقِ وَالْمَشَاهِدِ فِي الْفَرَاغِ، =

= وكان أبو بكر الصديق قد سوى بين الناس في القسم، فقبل لعمر في ذلك، فقال: لا أحجلُ مَنْ قاتَلَ رسولَ الله كَمَنْ قاتَلَ معه، فبدأ بمن شهد بدراً من المهاجرين والأنصار، وفرض لكل رجلٍ منهم خمسة آلاف درهمٍ في كل سنة، حليفهم ومولاهم معهم بالسَّوء، وفرض لِمَنْ كان له إسلامٌ كإسلام أهل بدرٍ من مهاجرة الحبشة ومن شهد أخذاً أربعة آلاف درهمٍ لكل رجلٍ منهم، وفرض لأبناء البديرين ألفين ألفين إلا حسناً وحسيناً، فإنه الحفهما بفریضة أبيهما ...)). أخرجه ابنُ سعدٍ في "الطبقات الكبرى" ٢٩٦/٣ - وعنه ابنُ عساکرٍ في "تاريخ دمشق" ٢٣٨/١٣ و١٧٦/١٤. ومحمد بنُ عمر: هو الواقدي، متروك.

وروى يزيد بنُ هارون قال: أخبرنا محمد بنُ عمرو عن أبي سلمة عن أبي هريرة ((أنه قدِمَ على عمرَ من البحرين، قال أبو هريرة: فلقيته في صلاة العشاء الآخرة، فسلمتُ عليه، فسألني عن الناس ثم قال لي: ماذا جئتَ به؟ قلتُ: جئتُ بخمسمائة ألفٍ درهمٍ، قال: هل تدري ما تقول؟ قلتُ: جئتُ بخمسمائة ألفٍ درهمٍ، قال: ماذا تقول؟! قال: قلتُ: مائة ألفٍ ومائة ألفٍ ومائة ألفٍ ومائة ألفٍ حتى عددتُ خمساً، قال: إنك ناعس! فارجعْ إلى أهليك فنم، فإذا أصبحتَ فأتني، فقال أبو هريرة: فعدتُ إليه، فقال: ماذا جئتَ به؟ قلتُ: جئتُ بخمسمائة ألفٍ درهمٍ، قال عمر: أطيب، قلتُ: نعم، لا أعلمُ إلا ذلك، فقال للناس: إنه قد قدِمَ علينا مالٌ كثيرٌ، فإن شئتم أن نعدَّ لكم عدداً، وإن شئتم أن نكيله لكم كيلاً، فقال له رجلٌ: يا أمير المؤمنين! إني قد رأيتُ هؤلاء الأعاجم يَدُون ديواناً يُعطون الناسَ عليه، قال: فدُونُ الدُّيوان، وفرض للمهاجرين الأولين في خمسة آلاف خمسة آلاف، وللأنصار في أربعة آلاف أربعة آلاف، ولأزواج النبي عليه السلام في اثني عشر ألفاً)).

أخرجه ابنُ سعدٍ في "الطبقات الكبرى" ٣٠٠/٣، وابنُ أبي شيبَةَ في "المصنف" ٦١٣/٧، والبيهقي ٣٥٠/٦.

وروى عبد الله بن المبارك أخبرنا غُبيدُ الله بن موهَّب قال: سمعتُ أبا هريرة يقول: ((قُليتُ على عمرَ بن الخطاب من عند أبي موسى الأشعريّ بثمانمائة ألفٍ درهمٍ، فقال لي: بماذا قُليتُ؟ قلتُ: قُليتُ بثمانمائة ألفٍ درهمٍ! قال: ألم أقلُ إنك تهامي أحمق؟ إنما قُليتُ بثمانين ألفٍ درهمٍ، فكم بثمانمائة ألفٍ درهمٍ، فعددتُ مائة ألفٍ حتى عددتُ ثمانمائة، فقال: أطيبٌ وليك؟! قال: نعم، قال: فبات عمرُ ليلته أرقاً حتى إذا نودي بصلاة الصُّبح قالت له امرأته: يا أمير المؤمنين! ما نيتُ الليلة، قال: كيف ينأى عمرُ بن الخطاب، وقد جاء الناسُ ما لم يكن يأتهم مثله منذ كان الإسلامُ؟! فما يؤمنُ عمرُ لو هلكَ وذلك المَالُ عنده فلم يضعه في حَقِّه!! فمعا صلي الصُّبح اجتمع إليه نفرٌ من أصحاب رسول الله ﷺ، فقال لهم: إنه قد جاء الناسُ الليلة ما لم يأتهم مثله منذ كان الإسلامُ، وقد رأيتُ رأياً فأشيروا عليّ، رأيتُ أن أكملَ للناسَ بالمكاتب، فقالوا: لا تفعلْ يا أمير المؤمنين، إنَّ الناسَ يدخلون في الإسلامَ ويكثر المَالُ، ولكن أعطهم على كتاب، فكلما كثرَ الناسُ وكثرَ المَالُ أعطيتهم عليه، قال: فأشيروا عليّ، بمن أبدأ منهم؟ قالوا: بك يا أمير المؤمنين، إنك وليُّ ذلك. ومنهم من قال: يا أمير المؤمنين أعلمُ! قال: لا ولكني أبدأ برسول الله ﷺ، ثم الأقرب فالأقرب إليه، فوضَعَ الدُّيوان على ذلك، قال غُبيدُ الله: بدأ بهاشم والمطلب فاعطاهم جميعاً، ثم أعطى بني عبد شمس، ثم بني نوفل بن عبد مناف، وإنما بدأ ببني عبد شمسٍ لأنَّهُ كان أحبا هاشمٍ لأُمَّه.

قال عُبيدُ الله: فأولُّ من فرَّق بين بني هاشم والمطلب في الدَّعوة عبدُ الملك، قدِمَ عليه عبدُ الله بنُ قيس بنِ مخرمةَ أخو بني عبد المطلب، فقال له عبدُ الملك: أقدَ رضيتَ يا أبا عبد الله أنْ تدعىَ بغيرِ أهلك فتجيب؟ قال: ومن يدعوني بغيرِ أبي؟ قال: أليس يدعى بنو هاشم ولا يُدعى بنو المطلب فتجيب؟ فقال: أمرُ صنعه رسولُ الله ﷺ فكيف لي بذلك؟ قال: تسألني أنْ أفرِّقكم على عريفٍ فأفعل، فلمَّا أذنَ للنَّاس قام عبدُ الله بنُ قيس، فقال: يا أمير المؤمنين! إنَّا أصبحنا ليس لنا عريفٌ، إنَّما يدعى بنو هاشم فتجيب، فاجعلْ لنا عريفًا، فكتبَ له أنْ يُعرِّفوا على عريفٍ، ويكونَ ذلك إلى عبدِ الله بنِ قيس يليها ويوليها من أحبِّه).

أخرجه يعقوب بن سفيان القسوي في "المعرفة والتاريخ" ٢٤٨/١ - ومن طريقه البيهقي في "الكبرى" ٣٦٤/٦. وروى الثَّيِّب بن سعد بن محمد بن عجلان قال: ((لَمَّا دَوَّنَ لَنَا عَمْرُ الدَّيَّانِ قَالَ: بَعْنُ نَبْدًا؟ قَالُوا: بِنَفْسِكَ فَايْدَا، قَالَ: لَا! إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ إِمَامُنَا فَبَرِّهْهُ نَبْدًا، ثُمَّ بِالْأَقْرَبِ فَالْأَقْرَبِ)). أخرجه أبو عُبيد في "الأموال" (٥٤٩).

وروى إسماعيل بن مجالد عن أبيه مجالد بن سعيد عن الشعبي قال: ((لَمَّا افْتَتَحَ عَمْرُ الْعِرَاقَ وَالشَّامَ وَجَّهَ الْحَرَاجَ جَمَعَ أَصْحَابَ النَّبِيِّ فَقَالَ: إِنِّي قَدْ رَأَيْتُ أَنْ تُفْرَضَ الْعَطَاءُ لِأَهْلِهِ الَّذِينَ افْتَحَوْهُ، فَقَالُوا: بِنِعْمِ الرَّأْيِ رَأَيْتَ يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ، فَقَالَ: فَبَعْنُ نَبْدًا؟ قَالُوا: وَمَنْ أَحَقُّ بِذَلِكَ مِنْكَ، ايْدَا بِنَفْسِكَ، قَالَ: لَا، وَلَكِنِّي ايْدَا بِآلِ رَسُولِ اللَّهِ، فَكَتَبَ عَائِشَةُ أُمُّ الْمُؤْمِنِينَ فِي اثْنِي عَشَرَ أَلْفًا، وَكَتَبَ سَائِرُ أَزْوَاجِ النَّبِيِّ فِي عَشْرَةِ آلَافٍ، ثُمَّ فَرَضَ بَعْدَ أَزْوَاجِ النَّبِيِّ لَعْلِيَّ بْنَ أَبِي طَالِبٍ خَمْسَةَ آلَافٍ، وَلَبِنَ شَهْدَ بَدْرًا مِنْ بَنِي هَاشِمٍ)). أخرجه أبو عُبيد في "الأموال" (٥٥٠).

وروى الثَّيِّب عن عبد الرحمن بن خالد القهني عن ابن شهاب أن عمر حين دَوَّنَ الدَّيَّانِينَ فَرَضَ (...)). أخرجه أبو عُبيد في "الأموال" (٥٥٣).

وروى غسان بن مضر ثنا سعيد بن يزيد عن أبي نضرة عن جابر بن عبد الله قال: ((لَمَّا وَلِيَ عَمْرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ الْخِلاَفَةَ فَرَضَ الْفَرَاغُضَ وَدَوَّنَ الدَّيَّانِينَ وَعَرَّفَ الْعُرَفَاءَ وَعَرَّفَنِي عَلَى أَصْحَابِي)). أخرجه أحمد في "المعْلَل" ١٩٣/٢ - ١٩٤، وعبد الله بن أحمد في "فضائل الصحابة" (٤٦٤)، وابن أبي شَيْبَةَ ٢٦٦/٦ - ٢٦٧ و٣٣١/٨، والبيهقي في "الكبرى" ٣٦٠/٦ و١٠٨/٨.

وروى عبدُ الرَّحِيم بنُ سُلَيْمَانَ عَنْ أَشْعَثَ عَنِ الشَّعْبِيِّ عَنْ الْحَكَمِ عَنْ إِبْرَاهِيمَ قَالَ: ((أَوَّلُ مَنْ فَرَضَ الْعَطَاءَ عَمْرُ بْنُ الْخَطَّابِ، وَفَرَضَ فِيهِ الدِّيَّةُ كَامِلَةً فِي ثَلَاثِ سِنِينَ، وَتُلْتِي الدِّيَّةُ فِي سِتِّينَ، وَالتَّصَفَّى فِي سِتِّينَ، وَالتَّلْتُ فِي سِنَةٍ، وَمَا دُونَ ذَلِكَ فِي عَامِهِ)). أخرجه ابنُ أَبِي شَيْبَةَ ٣٥٩/٦ و٣٣٣/٨.

وروى الشَّافِعِيُّ فِي "الْأَمِّ" ١٥٨/٤ عَنْ سَفْيَانَ عَنْ عَمْرِو بْنِ دِينَارٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ مُحَمَّدَ بْنَ عَلِيٍّ ((أَنَّ عَمْرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ لَمَّا دَوَّنَ الدَّيَّانِينَ فَقَالَ: بَعْنُ تَرَوْنَ أَنْ ايْدَا؟ فَقِيلَ لَهُ: ايْدَا بِالْأَقْرَبِ فَالْأَقْرَبِ لَكَ، قَالَ: بَلْ ايْدَا بِالْأَقْرَبِ فَالْأَقْرَبِ بِرَسُولِ اللَّهِ)).

فقوله: ((مُجْتَمَعُ الصُّحُفِ)) بمعنى قول "الكنز"^(١): ((وهو الخرائط التي فيها السَّجَلَاتُ وَالْمَحَاضِرُ وَغَيْرُهَا، وَالْخَرَائِطُ: جَمْعُ خَرِيطَةٍ، شِبْهُ الْكَيْسِ)). وقول "الشَّارِحِ": ((يعني: السَّجَلَاتُ)) تفسير بالمعنى الثاني. وقول "البحر"^(٢) تَبَعاً لـ "مُسْكِين"^(٣): ((إِنَّ مَا فِي "الْكَنَزِ" مَجَازٌ؛ لِأَنَّ الدِّيَوَانَ نَفْسُ السَّجَلَاتِ وَالْمَحَاضِرِ لَا الْكَيْسِ)) فيه نظراً، فافهم. والسَّجَلُ لغةٌ: كتاب القاضي، والمَحَاضِرُ: جَمْعُ مَحْضَرٍ. وفي "الدُّرَرِ"^(٤): ((إِنَّ الْمَحْضَرَ مَا كُتِبَ فِيهِ مَا جَرَى بَيْنَ الْخَصْمَيْنِ مِنْ إِقْرَارٍ، أَوْ إِنْكَارٍ، وَالْحُكْمُ بَيِّنَةٌ أَوْ نُكُولٌ عَلَى وَجْهِ يَرْفَعُ الْاشْتِبَاهَ، وَكَذَا السَّجَلُ وَالصَّلْتُ: مَا كُتِبَ فِيهِ الْبَيْعُ، وَالرَّهْنُ، وَالْإِقْرَارُ وَغَيْرُهَا، وَالْحُجَّةُ وَالْوَثِيقَةُ يَتَنَاولَانِ الثَّلَاثَةَ)) اهـ. والعُرْفُ الآن: السَّجَلُ^(٥): مَا كُتِبَ فِي الْوَاقِعَةِ وَبَقِيَ عِنْدَ الْقَاضِي وَلَيْسَ عَلَيْهِ خَطُّهُ، ٣/٢٠١٥/٢١ وَالْحُجَّةُ: مَا عَلَيْهِ عِلَامَةُ الْقَاضِي أَعْلَاهُ، وَخَطُّ الشَّاهِدِينَ أَسْفَلَهُ، وَأُعْطِيَ لِلْخَصْمِ، "البحر"^(٦) مُلْخَصاً.

= قال الشَّافِعِيُّ: أَخْبَرَنِي غَيْرُ وَاحِدٍ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ وَالصَّدْقِ مِنْ أَهْلِ الْمَدِينَةِ وَمَكَّةَ مِنْ قِبَائِلِ قُرَيْشٍ وَمِنْ غَيْرِهِمْ - وَكَانَ بَعْضُهُمْ أَحْسَنَ اقْتِصَاصاً لِلْحَدِيثِ مِنْ بَعْضٍ، وَقَدْ زَادَ بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ فِي الْحَدِيثِ - ((أَنَّ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ لَمَّا دَوَّنَ الدَّوَاوِينَ قَالَ: أَبْدَأُ بِبَنِي هَاشِمٍ. ثُمَّ قَالَ: حَضَرَتْ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يُعْطِيهِمْ وَبَنِي الْمُطَّلِبِ، فَإِذَا كَانَ الْمُسِينُ فِي الْهَاشِمِيِّ قَدَّمَ عَلَى الْمُطَّلِبِ، وَإِذَا كَانَ فِي الْمُطَّلِبِ قَدَّمَهُ عَلَى الْهَاشِمِيِّ، فَوَضَعَ الدِّيَوَانَ عَلَى ذَلِكَ، وَأَعْطَاهُمْ عَطَاءَ الْقَبِيلَةِ الْوَاحِدَةِ، ثُمَّ اسْتَوَتْ لَهُ عِيدُ شَمْسٍ وَنُوفَلٌ فِي جِذْمِ النَّسَبِ، فَقَالَ: عَبْدُ شَمْسٍ إِخْوَةُ النَّبِيِّ ﷺ لِأَيِّهِ وَأُمُّهُ دُونَ نُوفَلٍ وَقَدَّمَهُمْ، ثُمَّ دَعَا بَنِي نُوفَلٍ يَتْلُوْنَهُمْ، ثُمَّ اسْتَوَتْ لَهُ عِيدُ الْعُرَى وَعَبْدُ الدَّارِ فَقَالَ: فِي بَنِي أَسَدِ بْنِ عَبْدِ الْعُرَى أَصْهَارُ النَّبِيِّ ﷺ، وَفِيهِمْ أَنَّهُمْ مِنَ الْمُطَّلِبِينَ، وَقَالَ بَعْضُهُمْ: هُمْ جِلْفٌ مِنَ الْفُضُولِ (...)). ذَكَرَهُ الشَّافِعِيُّ فِي "الْأَمِّ" ٤/١٥٨ - وَعَنْهُ الْبَيْهَقِيُّ فِي "الْكِبَرَى" ٦/٣٦٤.

(١) انظر شرح العيني على الكنز: كتاب القضاء ٨٤/٢.

(٢) "البحر": كتاب القضاء - فصل في التقليد ٦/٢٩٩.

(٣) "شرح منلا مسكين على الكنز": كتاب القضاء ص ١٩٦.

(٤) "الدُّرَرُ وَالْغُرَرُ": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي ٢/٤١٥ - ٤١٦.

(٥) ((السَّجَلُ)) ساقطة من "ك" و"ب" و"م".

(٦) "البحر": كتاب القضاء - فصل في التقليد ٦/٢٩٩.

وإنما يطلبه لأنَّ الديوانَ وُضِعَ ليكونَ حُجَّةً عندَ الحاجة، فيُحْمَلُ في يَدِ مَنْ لَهُ ولايةُ القضاءِ، وما في يَدِ الخصمِ لا يُؤْمَنُ عليه التَّغييرُ بزيادةٍ أو نقصانٍ. ثُمَّ إِنَّ كَانَتِ الأوراقُ مِنْ بَيْتِ المَالِ فلا إشكالَ في وجوبِ تسليمها إلى الجديدي، وكذا لو مِنْ مالِ الخصومِ، أو مِنْ مالِ القاضي في الصَّحيح؛ لأنَّهم وَضَعُوهَا في يَدِ القاضي لعمَلِهِ^(١)، وكذا القاضي يُحْمَلُ على أَنَّهُ عَمِلَ ذلك تَدْبِيئًا لا تَمَوُّلاً، وتمامُهُ في "الزَّيْلعي"^(٢).

مطلب في العمل بالسجلات وكتب الأوقاف القديمة

(تبيية)

مُفَادُ قولِ "الزَّيْلعي": ((ليكونَ حُجَّةً عندَ الحاجة)) - ومثلهُ في "الفتح"^(٣) - أَنَّهُ يَحْجُوزُ للجديدِ الاعتمادُ على سِجَلِ المعزولِ، مع أَنَّهُ يَأْتِي^(٤) أَنَّهُ لا يعمَلُ بقولِ المعزولِ، وفي "الأشبهاء"^(٥): ((لا يعتدُّ على الخطِّ، ولا يعمَلُ بمكسوبةِ الوقفِ الذي عليه خُطوطُ القضاةِ الماضينَ)). لكن قال "البيري"^(٦): ((المرادُ مِنْ قولِهِ: لا يعتدُّ أَي: لا يقضي القاضي بذلك عندَ المنازعة؛ لأنَّ الخطَّ ممَّا يُزَوِّرُ ويُفتعلُّ كما في "مختصر الظَّهيرية"^(٧)، وليس مِنْه ما في "الأحناس" بنصٍّ: وما جَدَّهُ القاضي بأيدي القضاةِ الذين كانوا قَبْلَهُ لها رسومٌ في دواوينِ القضاةِ أُجْرِيَتْ على الرسومِ الموجودةِ في دواوينهم وإنَّ كان الشُّهُودُ الذين شَهِدُوا عليها قد ماتوا، قال الشَّيْخُ "أبو العباس"^(٨): يَحْجُوزُ الرَّجُوعُ في الحُكْمِ إلى دواوينِ مَنْ كان قَبْلَهُ مِنَ الأُمَناءِ)) اهـ.

(١) في "ك" و"آ": ((لعمله)).

(٢) انظر "تبيين الحقائق": كتاب القضاء ١٧٧/٤.

(٣) "الفتح": كتاب أدب القاضي ٣٦٥/٦ - ٣٦٦.

(٤) ص ٣٢٧ - "در".

(٥) "الأشبهاء والنظائر": الفن الثاني: الفوائد - كتاب القضاء والشهادات والدعاوي ص ٢٥٧.

(٦) "عمدة ذوي البصائر": الفن الثاني: الفوائد - كتاب القضاء والشهادات والدعاوي ق ١١٥/١.

(٧) لعله "المسائل البدرية المنتخبة من الفتاوى الظهيرية": للعيني (ت ٨٥٥هـ)، وتقدمت ترجمته ٤٠٠/١٢.

(٨) أي: الشَّيْخُ أَبُو العباسِ الناطقيُّ صاحبُ "الأحناس"، وتقدمت ترجمته ٣٩٧/١.

(ونظّر في حال المحبوسين) في سجن القاضي،

أي: لأنَّ سِجْلَ القاضي لا يُزوّر عادةً، حيثُ كان محفوظاً عند الأُمْناءِ بخلافِ ما كان بيدِ الخصمِ. وقدّمنا^(١) في الوقفِ عن "الخيرية": ((أنّه إنْ كان لنوقفِ كتابٌ في سِجْلِ القضاةِ وهو في أيديهم اتَّبَعَ ما فيه استحساناً إذا تَنَزَّعَ أهلُهُ فيه)). وصرَّحَ أيضاً في "الإسعاف"^(٢) وغيره: ((بأنَّ العملَ بما في دواوينِ القضاةِ استحساناً)). والظاهرُ أنَّ وجهَ الاستحسانِ ضرورةُ إحياءِ الأوقافِ ونحوها عند تقادمِ الزَّمانِ، بخلافِ السِّجْلِ الجديدي؛ لإمكانِ الوقوفِ على حقيقةِ ما فيه بإقرارِ الخصمِ أو البيّنة، فلذا لا يعتدُّ عليه.

وعلى هذا، فقولُ "الزَّليعي": ((ليكونَ حُجَّةً عند الحاجة)) معناها: عند تقادمِ الزَّمانِ، وبهذا يتأَيَّدُ ما قاله المحقِّقُ "هبةُ الله البعلبي" في "شرحه على الأشباه"^(٣) - بعد ما مرَّ^(٤) عن "البيري" -: ((مِنَ أنَّ هذا صريحٌ في جوازِ العملِ بالحُجَّةِ وإنْ ماتَ شهودُها، حيثُ كان مضمونها ثابتاً في السِّجْلِ المحفوظ)). اهـ. لكنْ لا بدَّ مِن تقييدهِ بتقادمِ العهدِ كما قلنا، توفيقاً بينَ كلامهم، وبأني تمامَ الكلامِ على الخطِّ في بابِ كتابِ القاضي^(٥)، وانظُر ما كتبناه في دعوى "تنقيح الفتاوى الحامدية"^(٦).

[٢٦٠:٤٤] (قوله: ونظّر في حال المحبوسين إلخ) بأنَّ يعبَثَ إلى السِّجَنِ مَنْ يُعْذَهُمُ بِأسمائهم، ثمَّ يسألُ عن سببِ حبسهم، ولا بدَّ أنْ يُثبَتَ عندهُ سببٌ وجوبِ حبسهم، وثبوتهُ عندَ الأوَّلِ ليس بحُجَّةٍ يعتَمِدُها الثاني في حبسهم؛ لأنَّ قوله لم يبقَ حُجَّةً، كذا في "الفتح"^(٧)، "نهر"^(٨).

(١) المقالة [٢١٦:٥٨] قوله: ((وقوّه في "الفتح" بقولهم إلخ)).

(٢) "الإسعاف" في أحكام الأوقاف: باب الشهادة على إقرار الواقف بحصته إلخ - فصل في ذكر حكم الأوقاف المتقدمة ص ٩٧.

(٣) المسمى بـ"التحقيق الباهر شرح الأشباه والنظائر"، وتقدمت ترجمته ١٨٩/١.

(٤) في هذه المقالة.

(٥) المقالة [٢٦٥:٤٩] قوله: ((لا يُعْمَلُ بِالخَطِّ)) وما بعدها.

(٦) انظر "المعقد الدرّية في تنقيح الفتاوى الحامدية": كتاب الدعوى ١٩/٢ وما بعدها.

(٧) "الفتح": كتاب أدب القاضي ٣٦٧/٦.

(٨) "النهر": كتاب القضاء ق ٤٢٩ ب.

وأما المحبوسون^(١) في سجن الوالي فعلى الإمام النظر في أحوالهم، فمن لزِمَهُ أدبٌ أدبُهُ وإلا أطلَقَهُ، ولا يُبَيِّتُ أحداً^(٢) في قيدٍ إلا رجلاً مطلوباً بدمٍ، ونفقةً من ليس له مالٌ في بيت المال، "بحر"^(٣)، (فمن أقرّ) منهم (بحقّ)، أو قامت عليه بينة ألزَمَهُ الحبس، ذكرَهُ "مسكين"^(٤)، وقيل: الحقّ^(٥)،

[٢٦٠٤٥] قوله: وإلا أطلَقَهُ أي: إن لم يكن له قضية، وعبارة "النهر"^(٦) عن كتاب "الخراج"^(٧) لـ "أبي يوسف": ((فمن كان منهم من أهل الدّعارة، والتلصّص، والجنايات ولزِمَهُ أدبٌ أدبُهُ، ومن لم يكن له قضية حلّى سبيلَهُ^(٨))).

[٢٦٠٤٦] قوله: أو قامت عليه بينة أعمّ من أن تشهد بأصل الحقّ أو بحكم القاضي عليه، "بحر"^(٩).

[٢٦٠٤٧] قوله: ألزَمَهُ الحبس أي: أدام حبسه، "بحر"^(٩).

[٢٦٠٤٨] قوله: وقيل: الحقّ قائله في "الفتح"، حيث قال^(١٠): ((من اعترف بحقّ ألزَمَهُ إياه وردّه إلى السجن))، واعتراضه في "البحر"^(١١): ((بأنه لو اعترف بأنه أقرّ عند المعزول بالزنى لا يُعتبر؛ لأنه بطل، بل يستقبل الأمر، فإن أقرّ أربعاً في أربعة مجالس حذّه)) اهـ. وفيه: أنّ المتبادر من الحقّ حقّ العبد.

(١) في "د" و"و": ((المحبوس)).

(٢) في "د": ((أحد)) بالرفع.

(٣) "البحر": كتاب القضاء - فصل في التقليد ٣٠٠/٦.

(٤) "شرح مثلاً مسكين على الكثر": كتاب القضاء ص ١٩٦ - ١٩٧.

(٥) أي: وقيل: ألزَمَهُ الحقّ.

(٦) "النهر": كتاب القضاء ق ٤٢٩/ب.

(٧) لم نعر على المسألة في مطبوعة "الخراج" التي بين أيدينا.

(٨) قوله: ((ومن لم يكن له قضية حلّى سبيلَهُ)) ليس في مخطوطة "النهر" التي بين أيدينا، ونقل العبارة المذكورة عن

"الخراج" صاحب "البحر" ٣٠٠/٦.

(٩) "البحر": كتاب القضاء - فصل في التقليد ٣٠١/٦.

(١٠) "الفتح": كتاب أدب القاضي ٣٦٧/٦.

(١١) "البحر": كتاب القضاء - فصل في التقليد ٣٠١/٦.

(وإِلَّا نَادَى عَلَيْهِ) بِقَدْرٍ مَا يَرَى، ثُمَّ أَطْلَقَهُ^(١) بكفيلٍ بنفسه، فَإِنْ آبَى نَادَى عَلَيْهِ شَهْرًا ثُمَّ أَطْلَقَهُ. (وَعَمِلَ فِي الْوَدَائِعِ وَغَلَاتِ الْوَقْفِ بَيِّنَةً أَوْ إِقْرَارَ) ذِي الْيَدِ، (وَلَمْ يَعْمَلِ) الْمُؤَلَّى (بِقَوْلِ الْمَعزُولِ)؛ لِاتِّحَاقِهِ بِالرَّعَايَا، وَشَهَادَةِ الْفَرْدِ لَا تُقْبَلُ، خُصُوصًا بِفَعْلٍ نَفْسِهِ، "دَرَر"^(٢).....

[٢٦٠٤٩] (قَوْلُهُ: وَإِلَّا) أَي: وَإِنْ لَمْ يُقَرَّ بِشَيْءٍ وَلَمْ تَقَمْ عَلَيْهِ بَيِّنَةٌ، بَلِ ادَّعَى أَنَّهُ حَسِبَ ظُلْمًا، "نَهْر"^(٣).

[٢٦٠٥٠] (قَوْلُهُ: نَادَى عَلَيْهِ) وَيَقُولُ الْمُنَادِي: مَنْ كَانَ يُطَالِبُ فَلَانَ بَنَ فَلَانَ الْفُلَانِيَّ بِحَقٍّ فَلْيَحْضُرْ، "زَيْلَعِي"^(٤).

[٢٦٠٥١] (قَوْلُهُ: فَإِنْ آبَى) عَنْ إِعْطَاءِ الْكَفِيلِ، وَقَالَ: [٢٠١٣/ب] لَا كَفِيلَ لِي، "بَحْر"^(٥).

[٢٦٠٥٢] (قَوْلُهُ: نَادَى عَلَيْهِ شَهْرًا) أَي: يَسْتَأْنِفُهُ بَعْدَ مَدَّةِ الْمُنَادَاةِ الْأُولَى.

[٢٦٠٥٣] (قَوْلُهُ: فِي الْوَدَائِعِ) أَي: وَدَائِعِ الْيَتَامَى، "نَهْر"^(٦).

[٢٦٠٥٤] (قَوْلُهُ: بَيِّنَةً) أَي: يُقِيمُهَا الْوَصِيُّ مِثْلًا عَلَى مَنْ هِيَ تَحْتَ يَدِهِ أَنَّهَا لِيَتِيمٍ فَلَانَ، أَوْ نَاطِرَ الْوَقْفِ أَنَّ هَذِهِ الْغَلَّةَ لَوْقِفِ فَلَانَ، وَكَأَنَّهُ مَبْنِيٌّ عَلَى عَرْفِهِمْ مِنْ أَنَّ الْكُلَّ تَحْتَ يَدِ أَمِينِ الْقَاضِي. وَفِي زَمَانِنَا أَمْوَالُ الْأَوْقَافِ تَحْتَ يَدِ نَظَارِهَا، وَوَدَائِعُ الْيَتَامَى تَحْتَ يَدِ الْأَوْصِيَاءِ، وَلَوْ فُرِضَ أَنَّ الْمَعزُولَ وَضَعَ ذَلِكَ تَحْتَ يَدِ أَمِينٍ عَمِلَ الْقَاضِي بِمَا ذُكِرَ، "نَهْر"^(٦).

[٢٦٠٥٥] (قَوْلُهُ: الْمُؤَلَّى) بِتَشْدِيدِ اللَّامِ الْمَفْتُوحَةِ، أَي: الْقَاضِي الْجَدِيدُ.

[٢٦٠٥٦] (قَوْلُهُ: "دَرَر") وَمِثْلُهُ فِي "الْهَدَايَةِ"^(٧) وَغَيْرِهَا.

(١) فِي "ذ" وَ"و": (يُطْلَقُهُ).

(٢) "الدَّرَرُ وَالْغَرَرُ": كِتَابُ الْقَضَاءِ ٤٠٦/٢.

(٣) "النَّهْرُ": كِتَابُ الْقَضَاءِ ٤٢٩/ب.

(٤) "تَبْيِينَ الْحَقَائِقِ": كِتَابُ الْقَضَاءِ ١٧٧/٤.

(٥) "الْبَحْرُ": كِتَابُ الْقَضَاءِ - فَصْلُ فِي التَّفْلِيدِ ٣٠١/٦.

(٦) "النَّهْرُ": كِتَابُ الْقَضَاءِ ٤٢٩/ب.

(٧) "الْهَدَايَةُ": كِتَابُ أَدَبِ الْقَاضِي ١٠٢/٣.

وَمُفَادُهُ رَدُّهَا وَلَوْ مَعَ آخَرَ، "نهر"^(١).

قلت: لكن أفتى "قارئ الهداية"^(٢) بقبولها، وتبعه "ابن نجيم"، فتنبه.....

[٢٦٠٥٧] (قوله: ومُفَادُهُ) أي: مُفَادُ قَوْلِهِ: ((خصوصاً بفعلٍ نفسه))، وأصل البحث لصاحب "البحر"^(٣)، وقد رأيتُه صريحاً في "كافي الحاكم"، ونصّه: ((وإذا عَزَلَ عَنِ الْقَضَاءِ، ثُمَّ قَالَ: كُنْتُ قَضَيْتُ لِهَذَا عَلَى هَذَا بكذا وكذا لم يُقْبَلْ قَوْلُهُ فِيهِ، وَإِنْ شَهِدَ مَعَ آخَرَ لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُ حَتَّى يَشْهَدَ شَاهِدَانِ سِوَاهُ)) اهـ. ومثله في "الفَهْستاني"^(٤) عن "المبسوط"^(٥).

[٢٦٠٥٨] (قوله: وتبعه "ابن نجيم") أي: في "فتاواه"، وأمّا ما ذَكَرَهُ في "بحره" فقد عَلِمْتُ^(٦) مُوَافَقَتَهُ لِمَا فِي "النهر". وعِبَارَةُ "فتاواه"^(٧) الَّتِي رَتَبَهَا لَهُ تَلْمِيزُهُ "المُصَنِّفَ"^(٨) هَكَذَا: ((سئل عن الحاكم إذا أَخْبَرَ حَاكِمًا آخَرَ بِقَضِيَّةٍ، هل يكتفي بإخباره وَيَسْوُغُ لَهُ الْحُكْمَ بِذَلِكَ أَمْ لَا بَدَّ مِنْ شَاهِدٍ آخَرَ معه؟ أجاب: لا يكتفي بإخباره، ولا بَدَّ مِنْ شَاهِدٍ آخَرَ معه، قال المرتَّبُ لهذه "الفتاوى"^(٩)): قد تَبِعَ شَيْخُنَا فِي ذَلِكَ مَا أَفْتَى بِهِ الشَّيْخُ "سراجُ الدِّينِ قارئُ الهداية"، ولا شَكَّ أَنَّ هَذَا قَوْلُ "حَمَّادٍ"، وَأَنَّ "الشَّيْخَيْنِ" قَالَا بِقَبُولِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ إِقْرَارِهِ بِشَيْءٍ مُطْلَقاً إِذَا كَانَ لَا يَصِحُّ رَجوعُهُ عَنْهُ، وَوَأَفَقَهُمَا "حَمَّادٌ"، ثُمَّ رَجَعَ عَنْهُ وَقَالَ: لَا يُقْبَلُ إِلَّا بِضَمِّ رَجُلٍ آخَرَ عَدَلَ إِلَيْهِ، وَهُوَ الْمُرَادُ بِقَوْلِ مَنْ رَوَى عَنْهُ أَنَّهُ لَا يُقْبَلُ مُطْلَقاً، ثُمَّ صَحَّ رَجوعُهُ إِلَى قَوْلِهِمَا كَمَا فِي "البحر"^(٩)،

(١) "النهر": كتاب القضاء ق ٤٢٩/ب.

(٢) "فتاوى قارئ الهداية": ص ١٠١.

(٣) "البحر": كتاب القضاء - فصل في التقليد ٣٠١/٦.

(٤) "جامع الرموز": كتاب القضاء ٢٢١/٢.

(٥) "المبسوط": كتاب أدب القاضي - باب كتاب القاضي إلى القاضي ١٠٧/١٦ - ١٠٨.

(٦) في المقولة السابقة.

(٧) "فتاوى ابن نجيم": كتاب القضاء ص ١٤١-١٤٢ (هامش "الفتاوى الغيائية").

(٨) أي: العلامة النعرتاشي رحمه الله تعالى.

(٩) "البحر": كتاب القضاء - باب التحكيم - مسائل شتى ٥٤/٧.

(إِلَّا أَنْ يُعَرَّ ذُو الْيَدِ أَنَّهُ) أَي: الْمَعْرُولَ (سَلَّمَهَا) أَي: الْوَدَائِعَ وَالْعَلَّاتِ (إِلَيْهِ، فَيُقْبَلُ قَوْلُهُ فِيهِمَا):

ثُمَّ قَالَ^(١): وَأَمَّا إِذَا أَخْبَرَ الْقَاضِي بِإِقْرَارِهِ عَنْ شَيْءٍ يَصِحُّ رَجوعُهُ كَالْحَدِّ لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ بِالْإِجْمَاعِ، وَإِنْ أَخْبَرَ عَنْ ثُبُوتِ الْحَقِّ بِالْبَيِّنَةِ فَقَالَ: قَامَتْ بِذَلِكَ بَيِّنَةٌ وَعَدَلُوا وَقِيلَتْ شَهَادَتُهُمْ عَلَى ذَلِكَ يُقْبَلُ فِي الْوَجْهَيْنِ جَمِيعًا، انْتَهَى (كَلَامُهُ)). انتهى ما في "الفتاوى".

أَقُولُ: وَحَاصِلُهُ أَنَّ الْقَاضِيَّ لَوْ أَخْبَرَ عَنْ إِقْرَارِ رَجُلٍ بِمَا لَا يَصِحُّ رَجوعُهُ عَنْهُ كَبَيْعٍ أَوْ قَرْضٍ مَثَلًا يُقْبَلُ عَنْدهمَا مُطْلَقًا، وَوَأَفَقَهُمَا "مَحْمَدٌ" أَوَّلًا، ثُمَّ رَجَعَ وَقَالَ: لَا يُقْبَلُ مَا لَمْ يَشْهَدْ مَعَهُ آخَرٌ، ثُمَّ صَحَّ رَجوعُهُ إِلَى قَوْلِهِمَا بِالْقَبُولِ مُطْلَقًا كَمَا لَوْ أَخْبَرَ عَنْ حُكْمِهِ بَثُبُوتِ حَقِّ بِالْبَيِّنَةِ، فَعَلَى هَذَا لَمْ يَنْقُ خِلَافٌ فِي قَبُولِ قَوْلِ الْقَاضِي وَحْدَهُ^(٢)، وَلَا يَنْفَى أَنَّ كَلَامَنَا فِي الْمَعْرُولِ، وَهَذَا فِي الْمَوْلَى كَمَا يُعْلَمُ مِنْ "شرح أدب القضاء"^(٣)، وَكَذَا مِمَّا سَيَأْتِي^(٤) قَبِيلُ كِتَابِ الشَّهَادَاتِ عِنْدَ قَوْلِهِ: ((وَلَوْ قَالَ قَاضٍ عَدْلٌ: قَضَيْتُ عَلَى هَذَا بِالرَّحِمِ الْخُ))، وَبِهِ يُشْعِرُ أَصْلُ السُّؤَالِ، حَيْثُ عَبَّرَ بـ ((الْحَاكِمِ))، وَعِبَارَةُ "قَارِئِ الْهَدَايَةِ"^(٥) كَذَلِكَ، وَبِهِ عُلِمَ أَنَّ الْإِسْتِدْرَاكَ عَلَى مَا فِي "النَّهْرِ" فِي غَيْرِ مَحَلِّهِ.

٢٦٠.٥٩٦ (قَوْلُهُ) فَيُقْبَلُ قَوْلُهُ أَي: قَوْلُ الْمَعْرُولِ، وَشَمِلَ ثَلَاثَ صُورٍ: مَا إِذَا قَالَ ذُو الْيَدِ بَعْدَ إِقْرَارِهِ بِتَسْلِيمِ الْقَاضِي الْمَعْرُولِ إِلَيْهِ: إِنَّهَا لَزَيْدٌ الَّذِي أَقْرَأَ الْمَعْرُولُ، أَوْ قَالَ: إِنَّهَا لَغَيْرِهِ، أَوْ قَالَ: لَا أَدْرِي؛ لِأَنَّهُ فِي هَذِهِ الثَّلَاثِ ثَبَتَ بِإِقْرَارِهِ أَنَّهُ مُؤَدَّعُ الْمَعْرُولِ، وَبِذَلِكَ الْمُوَدَّعِ كَيْدِهِ، فَصَارَ كَأَنَّهُ فِي يَدِ الْمَعْرُولِ، فَيُقْبَلُ إِقْرَارُهُ بِهِ كَمَا فِي "الرَّيْلِيِّ"^(٦)، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَنْكَرَ ذُو الْيَدِ التَّسْلِيمَ، فَإِنَّهُ لَا يُقْبَلُ قَوْلُ الْمَعْرُولِ كَمَا فِي "الْبَحْرِ"^(٧).

(١) "البحر": كتاب القضاء - باب التحكيم - مسائل شتى ٥٤/٧.

(٢) ((وحده)) ليست في "ب" و"م" و"ن".

(٣) "شرح أدب القاضي" للصدر الشهيد: الباب الثامن والثلاثون في ما ينبغي للقاضي أن يعمل به ٨٥/٣ وما بعدها.

(٤) (المقولة [٢٦٧٥٤] قَوْلُهُ: ((وَقِيلَ: لَوْ عَدَلَ عَالِمًا)).

(٥) "فتاوى قارئ الهداية": مسألة في إخبار القاضي قاضيًا آخر بقضية ص ١٠١-.

(٦) "تبيين الحقائق": كتاب القضاء ١٧٨/٤.

(٧) "البحر": كتاب القضاء - فصل في التقيد ٣٠٢/٦.

إنَّها لزيدٍ، إلَّا إذا بدأ ذو اليد بالإقرار للغير، ثُمَّ أقرَّ بتسليم القاضي إليه، فأقرَّ القاضي بأنَّها لآخر، فُيُسَلِّمُ للمقرِّ له الأول، وَيُضَمِّنُ المقرُّ قيمته أو مثله للقاضي بإقراره الثاني، يُسَلِّمُهُ لِمَنْ أقرَّ له القاضي. (ويقضي في المسجد)، وَيَخْتَارُ مسجداً في وَسْطِ الْبَلَدِ تيسيراً للنَّاسِ،.....

[٢٦٠٦٠] (قوله: فُيُسَلِّمُ للمقرِّ له الأول) لَأَنَّهُ لَمَّا بدأ بالإقرارِ صحَّ إقراره وَلَزِمَ؛ لَأَنَّهُ أقرَّ بما هو في يده، فَلَمَّا قال: دَفَعَهُ إِلَيَّ القاضي فقد أقرَّ أَنَّ اليدَ كانت للقاضي، والقاضي يُقرُّ به لآخر، فيصيرُ هو بإقراره مُتَلَفًا لذلك على مَنْ أقرَّ له القاضي، "فتح" ^(١)، ثُمَّ قال: ((فرغَ يُناسِبُ هذا: لو شَهِدَ شاهِدَانِ أَنَّ الْقَاضِيَّ قَضَى لِفُلَانٍ عَلَى فُلَانٍ بكذا، وقال القاضي: لم أَقْضِ بشيءٍ لَا تَحْوَزُ شَهِادَتُهُمَا عِنْدَهُمَا، وَيُعْتَبَرُ قَوْلُ الْقَاضِي، وَعِنْدَ [٢٠٢/٣] "مُحَمَّدٍ" تُقْبَلُ، وَيُنْفَذُ ذَلِكَ)) اهـ. وَقَدَّمْنَا ^(٢) عن "البحر": ((أَنَّ فِي "جَامِعِ الْفُصُولِ" رَجَّحَ قَوْلَ "مُحَمَّدٍ"؛ لِفَسَادِ الزَّمَانِ)).

[٢٦٠٦١] (قوله: ويقضي في المسجد) وبه قال "أحمد" ^(٣) و"مالك" ^(٤) في الصَّحِيحِ عنه خِلافًا لـ "الشَّافِعِيِّ" ^(٥)؛ لَه: أَنَّ الْقَضَاءَ يَحْضُرُهُ الْمُشْرِكُ وَهُوَ نَجِسٌ بِالنَّصِّ، وَقَدْ أَطَالَ فِي "الْفَتْحِ" ^(٦) فِي الاسْتِدْلَالِ لِلْمَذْهَبِ، ثُمَّ قَالَ ^(٧): ((وَأَمَّا نَجَاسَةُ الْمُشْرِكِ ففِي الْإِعْتِقَادِ عَلَى مَعْنَى التَّشْبِيهِ، وَالْحَافِظُ يَخْرُجُ إِلَيْهَا أَوْ يُرْسِلُ نَائِبَهُ كَمَا لَوْ كَانَتِ الدَّعْوَى فِي دَابَّةٍ))، وَتَمَامُ الْفُرُوعِ فِيهِ فِي "الْبَحْرِ" ^(٧).

(١) "الفتح": كتاب أدب القاضي ٣٦٩/٦.

(٢) المقولة [٢٥٩٣٣] قوله: ((وطريق)).

(٣) انظر "المغني": كتاب القضاء - شروط القاضي ٥١٠/١٣ - ٥١١.

(٤) قال مالك رحمه الله تعالى في "المدينة الكبرى" - كتاب القضاء ١٤٤/٥: ((القضاء في المسجد من الحق، وهو من

الأمر القديم))، وفي "مواهب الجليل": باب القضاء ١١٤/٦: ((إِلَّا أَنَّ الْمُسْتَحَبَّ فِي الْقَضَاءِ هُوَ الرَّحَابُ الْخَارِجَةُ

عَنِ الْمَسْجِدِ، هُوَ الْمَشْهُورُ)).

(٥) انظر "نهاية المحتاج": كتاب القضاء - فصل في آداب القضاء وغيرها ٢٥٣/٨.

(٦) انظر "الفتح": كتاب أدب القاضي ٣٦٩/٦ - ٣٧٠.

(٧) انظر "البحر": كتاب القضاء - فصل في التقليد ٣٠٢/٦.

وَيَسْتَدِيرُ الْقِبْلَةَ ك: خَطِيبٍ وَمُدْرَسٍ، "خَائِنَةٌ"^(١). وَأَجْرَةُ الْمُحْضِرِ عَلَى الْمُدَّعِي، هُوَ الْأَصْحَحُ، "بِحَرْ" ^(٢) عَنْ "الْبِرَازِيَّةِ"، وَفِي "الْخَائِنَةِ"^(٣): ((عَلَى الْمُتَمَرِّدِ، وَهُوَ الصَّحِيحُ))، (وَكَذَا السُّلْطَانُ) وَالْمَفْتِي، وَالْفَقِيه،

[٢٦٠٦٢] (قَوْلُهُ: وَيَسْتَدِيرُ) أَي: نَدَبًا كَمَا فِي الَّذِي قَبْلَهُ "ط"^(٤).

مطلب في أجرة المحضِر

[٢٦٠٦٣] (قَوْلُهُ: وَأَجْرَةُ الْمُحْضِرِ الْخ) بَضَمَ أَوَّلُهُ وَكَسَرَ ثَالِثَهُ، هُوَ مَنْ يُحْضِرُ الْخَصْمَ. وَعِبَارَةُ "الْبَحْرِ"^(٥) هَكَذَا: ((وَفِي "الْبِرَازِيَّةِ"^(٦): وَيَسْتَعِينُ بِأَعْوَانِ الْوَالِي عَلَى الْإِحْضَارِ، وَأَجْرُهُ الْإِشْخَاصُ فِي بَيْتِ الْمَالِ، وَقِيلَ: عَلَى الْمُتَمَرِّدِ، فِي الْمِصْرِ مِنْ نِصْفِ دَرَاهِمٍ إِلَى دَرَاهِمٍ، وَفِي خَارِجِهِ لِكُلِّ فَرْسَخٍ ثَلَاثَةُ دَرَاهِمٍ أَوْ أَرْبَعَةٌ، وَأَجْرَةُ الْمُوَكَّلِ عَلَى الْمُدَّعِي، وَهُوَ الْأَصْحَحُ. وَفِي "الدَّخِيرَةِ": أَنَّهُ الْمُشْخِصُ، وَهُوَ الْمَأْمُورُ بِمُلَازِمَةِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ)) اهـ.

وَالْإِشْخَاصُ - بِالْكَسْرِ - بِمَعْنَى الْإِحْضَارِ، قَدْ فَرَّقَ بَيْنَ الْمُحْضِرِ وَبَيْنَ الْمُلَازِمِ، وَهَذَا غَيْرُ مَا نَقَلَهُ "الشَّارْحُ"، فَتَأَمَّلْ. وَفِي "مَنِةِ الْمَفْتَى": ((مُؤَوَّنَةُ الْمُشْخِصِ قِيلَ: فِي بَيْتِ الْمَالِ، وَفِي الْأَصْحَحِ عَلَى الْمُتَمَرِّدِ)) اهـ. وَهَذَا مَا فِي "الْخَائِنَةِ".

وَالْحَاصِلُ: أَنَّ الصَّحِيحَ: أَنَّ أَجْرَةَ الْمُشْخِصِ بِمَعْنَى الْمُلَازِمِ عَلَى الْمُدَّعِي، وَبِمَعْنَى الرُّسُولِ الْمُحْضِرِ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ لَوْ تَمَرَّدَ، بِمَعْنَى: اِمْتَنَعَ عَنِ الْحُضُورِ، وَإِلَّا فَعَلَى الْمُدَّعِي، هَذَا خِلَاصَةٌ مَا فِي "شَرْحِ الْوَهْبَانِيَّةِ"^(٧).

(١) "الخائنة": كتاب الدُّعْوَى وَالْبَيِّنَات - فصل فيما يستحقُّ على القاضي وما ينبغي له أن يفعل وما لا يفعل ٣٦٥/٢ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) "البحر": كتاب القضاء - فصل في التقليد ٣٠٤/٦.

(٣) "الخائنة": كتاب الدُّعْوَى وَالْبَيِّنَات - فصل فيما يستحقُّ على القاضي وما ينبغي له أن يفعل وما لا يفعل ٣٦٦/٢ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) "ط": كتاب القضاء ١٨٣/٣.

(٥) "البحر": كتاب القضاء - فصل في التقليد ٣٠٤/٦.

(٦) "البرازية": كتاب أدب القاضي - الفصل الثاني في أدبه ١٤٢/٥ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٧) "تفصيل عقد الفرائد": فصل من كتاب أدب القاضي ٢٩٦/١.

(أو) في (دارِه) ويأذنُ عموماً (وَيُرَدُّ هَدِيَّةً)، التَّنْكِيرُ لِلتَّقْلِيلِ، "ابن كمال"،

[٢٦٠٦٤] (قوله: أو في دارِه) لأنَّ العبادة لا تتقيَّدُ بمكانٍ، والأوَّلَى أَنْ تكونَ الدَّارُ في وَسَطِ البَلَدِ كالمسجدِ، "نهر"^(١).

مطلبٌ في هَدِيَّةِ القاضي

[٢٦٠٦٥] (قوله: وَيُرَدُّ هَدِيَّةً) الأصلُ في ذلك ما في "البحاري" عن أبي حُمَيْدٍ السَّاعِدِيِّ قال: استعملَ النَّبِيُّ ﷺ رجلاً مِنَ الْأَزْدِ يُقَالُ لَهُ: ابْنُ اللَّثْبَةِ عَلَى الصَّدَقَةِ، فَنَمَّا قَدِمَ قال: هذا لكم، وهذا لي، قال عليه الصَّلَاةُ والسَّلَامُ: «هَلَّا جَلَسَ فِي بَيْتِ أَبِيهِ أَوْ بَيْتِ أُمِّهِ فَيَنْظُرَ أَيُّهُمَا لَهُ أَمْ لَا؟»^(٢)،

(١) "النهر": كتاب القضاء ق ٤٣٠/أ.

(٢) روى سفيانُ بن عُيَيْنَةَ وشُعَيْبٌ ومَعْمَرٌ ويونسُ بن يزيدَ وابنُ أخي الزهري زَمَعَهُ بن صالحٍ وسليمانُ بن كثيرٍ عن الزُّهري عن عُرْوَةَ بن الزُّبَيْرِ عن أبي حُمَيْدٍ السَّاعِدِيِّ قال: استعملَ رسولُ الله ﷺ رجلاً مِنَ الْأَسَدِ يُقَالُ لَهُ: ابْنُ اللَّثْبَةِ عَلَى الصَّدَقَةِ، فَلَمَّا قَدِمَ قال: هذا لكم وهذا أهدي لي، قال: فَقامَ رسولُ الله ﷺ عسى المنبرَ فَحَمِدَ اللهَ وأثنى عليه وقال: ((ما بالُ عاملٍ أبغضَ يقولُ: هذا لكم وهذا أهدي لي، أفلا قعدَ في بيتِ أبيه أو في بيتِ أمِّه حتَّى ينظرَ أَيُّهُمَا إليه أم لا، والذي نفسُ عمري بيده لا يَبَالُ أَحَدٌ مِنْكُمْ مِنْهَا شيئاً إلَّا جاءَ به يومَ القيامةِ يَحْمِلُهُ على عُنقه، بعيرٌ له رُغَاءٌ، أو بقرةٌ لها خَوَارٌ، أو شاةٌ تُبْعِرُ))، ثُمَّ رَفَعَ يديه حتَّى رأينا غُفْرَتِي إبطيه، ثُمَّ قال: ((اللَّهُمَّ هَلْ بَلَغْتَ)) مرَّتين. قال أبو حُمَيْدٍ: قد سَمِعَ ذلكَ معي من رسولِ الله ﷺ زيدُ بنُ ثابتٍ فسَلَّوه.

أخرجه البخاري (٩٥٥) في الجمعة - باب مَنْ قال: أَمَّا بعد، و(٢٥٩٧) في الهبة - باب مَنْ لَمْ يَقْبَلِ الْهَدِيَّةَ لِعَلَّةً، و(٦٦٣٦) في الإيمان - باب كيف كانت عَيْنُ النَّبِيِّ، و(٧١٧٤) في الأحكام - باب هدايا العَمالِ، ومسلم (١٨٣٢) في الإمارة - باب تحريم هدايا العَمالِ، وأبو داودَ (٢٩٤٦) في الخراج - باب في هدايا العَمالِ، والشافعي في "الأم" ٥٨/٢ - وعنه البيهقي في "معركة السنن" (٨٤٢١)، وأحمد ٤٢٣/٥ - ٤٢٤، وأبو داودَ الطيالسي (١٢١٣)، وعبدُ الرَّزَّاقِ (٦٩٥٢)، وأبو عُبيدٍ في "الأموال" (٦٥٤)، والدارمي (١٦٦٩) و(٢٤٩٣)، والبيهقي في "البحر الزَّخَّار" (٣٧٠٧)، وابنُ خزيمة (٢٣٣٩)، وأبو عَوَانَةَ (٧٠٦٢ - ٧٠٦٨) و(٧٠٧٢)، وابنُ قانعٍ في "معجمه" ١٥٨/٢، والطحاوي في "بيان مشكل الآثار" (٤٣٤٠)، والبيهقي في "الكبرى" ١٥٨/٤ - ١٥٩ و١٦/٧ و١٣٨/١٠. قال سفيانُ: وزاد هشامُ بن عُرْوَةَ: قال أبو حُمَيْدٍ: سَمِعَ أَذُنِي وَبَصَرُ عَيْنِي وَسَلَّوا زَيْدَ بنَ ثابتٍ. قال الزُّبَيْرُ: وهذا الحديث لا نَعْلَمُ أَحَدًا يرويه بهذا اللَّفْظِ إلَّا أبو حُمَيْدٍ عن رسولِ الله ﷺ، ورواه عن الزُّهري جماعةٌ، واستغنيا برواية ابن عُيَيْنَةَ عنه إلَّا أَنْ يَزِيدَ فِيهِ فَيُكْتَبَ مِنْ أَجْلِ الزِّيَادَةِ.

ورواه الحميدي في "مسنده" (٨٦٣) عن سفيانٍ عن الزُّهري وهشامَ عن عُرْوَةَ به - وعنه ابنُ نَشْوَالٍ في "غوامض الأسماء المبهمة" ٦٦٤/٢.

- روى سفيان أيضاً ومعمّر وابن جريح وحماد بن سلمة والثوري والليث ويحيى بن سعيد الأنصاري وأبو أسامة وعبد الوهاب وأبو معاوية وأنس بن عياض وعبد الرحيم بن سليمان ومحمد بن إسحاق المبارك ابن فضالة عن هشام بن عروة عن أبيه عن أبي حميد قال: استعمل رسول الله ﷺ رجلاً من الأزد على صدقات بني سليم يدعى ابن الأثنية، فلما جاء حاسبه قال: هذا مالكم وهذا هديّة، فقال رسول الله ﷺ: ((فهلاً جلست في بيت أبيك وأمك حتى تأتيتك هديتك إن كنت صادقاً، ثم عطينا فحبد الله وأنتى عليه))، ثم قال: ((أما بعد، فإنني استعمل الرجل منكم على العمل مِمَّا ولّاني الله، فيأتي فيقول: هذا مالكم وهذا هديّة أهديت لي، أفلا جلست في بيت أبيه وأمّه حتى تأتيته هديته إن كان صادقاً، والله لا يأخذ أحد منكم منها شيئاً بغير حقّه إلّا لقي الله تعالى يحمله يوم القيامة، فلا عرفن أحداً منكم لقي الله يجعل بهيراً له رُغاء، أو بقرة لها خوار، أو شاة قيعر، ثم رَفَعَ يديه حتى رَوَى بياض إبطيه))، ثم قال: ((اللهم هل بلغت))، بصر عيني وسمع أذني.

أخرجه البخاري (١٥٠٠) في الزكاة - باب قول الله: ﴿وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا﴾، و(٦٩٧٩) في الحيل - باب احتيال العامل ليهذئ له، و(٧١٩٧) في الأحكام - باب محاسبة الإمام عماله، ومسلم (١٨٣٢)، والشافعي في "الأم" ٥٩/٢، وعبد الرزاق (٦٩٥٠) و(٦٩٥١) - وعنه الخطيب في "تاريخ بغداد" ٨٧/٥، وأبو داود الطيالسي (١٢١٣)، وابن أبي شيبة ٥٤٧/٦ و٥٤٩/١٤ و٤٩٤، والبزار في "البحر الزخار" (٣٧٠٨)، وابن خزيمة (٢٣٤٠)، وأبو عوانة (٧٠٥٦) - (٧٠٦٠) و(٧٠٦٥) و(٧٠٧٢) و(٧٠٧٦)، والطحاوي في "بيان المشكل" (٤٣٣٤) - (٤٣٣٦) و(٤٣٣٨) و(٤٣٤١)، وابن حبان كما في "الإحسان" (٤٥١٥)، وابن قانع في "معجمه" ١٥٨/٢، والطبراني في "الأوسط" (٧٧٢٦)، وفي "الصغير" (٨٣٨)، والعسكري في "تصنيفات المحدثين" ص ٢٢١، وابن السني في "عمل اليوم والليلة" (٣٢٩)، وتام في "قوائمه" كما في "الروض البسام" (٩٢٩)، والبيهقي ١٥٩/٤، وابن بشكوال في "غوامض الأسماء المهمة" ٦٦٠/٢ - ٦٦٥. قال الطبراني: لم يروه عن سفيان إلا الحارث بن منصور.

وروى عبد الرحمن بن أبي الزناد وأبو إسحاق الشيباني عن عبد الله بن ذكوان (وهو أبو الزناد) عن عروة بن الزبير أن رسول الله ﷺ استعمل رجلاً على الصدقة فجاء بسواد كثير، فجعل يقول: هذا لكم، وهذا أهدي إليّ ... فذكر غوه. قال عروة: فقلت لأبي حميد الساعدي: أسعيت من رسول الله ﷺ فقال: في من فيه إلى أذني.

أخرجه مسلم (١٨٣٢)، وابن خزيمة (٢٣٨٢)، وأبو عوانة (٧٠٦٩) و(٧٠٧٠)، والطحاوي في "بيان المشكل" (٤٣٣٨) و(٤٣٣٩).

وكذلك رواه أبو الأسود (ج)، وعبد الله العمري عن يزيد بن رومان كلاهما عن عروة به.

أخرجه أبو عوانة (٧٠٧١) و(٧٠٧٤)، والطبراني في "الأوسط" (٩١١٤).

قال الطبراني: لم يروه عن ابن رومان إلا عبد الله بن عمر العمري.

وروى إسماعيل بن عياش عن يحيى بن سعيد عن عروة بن الزبير عن أبي حميد الساعدي قال: رسول الله ﷺ: ((هدايا العمال غوبل)). ورواية إسماعيل عن الحجازيين ضعيفة واهية.

أخرجه البزار في "البحر الزخار" (٣٧٢٣)، وأبو عوانة (٧٠٧٣)، وابن عدي ٣٠٠/١، وعنه البيهقي ١٣٨/١. قال البزار: وهذا الحديث رواه إسماعيل بن عياش، واختصره وأخطأ فيه، وإنما هو عن الزهري عن عروة عن أبي حميد: ((أأن النبي ﷺ بعث رجلاً على الصدقة)).

قال "عمرُ بنُ عبدِ العزيز": كانتِ الهديةُ على عهدِ رسولِ الله ﷺ هديةً، واليومَ رِشوةٌ، ذكره "البحاري"^(١). واستعمل "عمر" "أبا هريرة" فقدم، فقال له: من أين^(٢) لك هذا؟

(١) "صحيح البخاري" في الهبة وفضلها - باب من لم يقبل الهدية لعلة، قبل حديث (٢٥٩٦).

روى عبد الله بن جعفر الرقي عن أبي المليح الحسن بن عمرو الرقي عن فرات بن مسلم قال: ((استهى عمرُ بن عبد العزيز التفاح، فبعث إلى بيته فلم يجد شيئاً يشترون له به، فركب وركبنا معه، فمر بدير فتلقاه غلمان للديرانيين معهم أطباق فيها تفاح، فوقف على طبقٍ منها فتناول تفاحة فشتمها ثم أعادها إلى الطبق، ثم قال: ادخلوا ديركم، لا أعلمكم بعثم إلى أحدٍ من أصحابي بشيء، قال: فحركت بعثي فلجته، فقلت: يا أسير المؤمنين استهيت التفاح فلم يجده لك فأهدي لك فردته، قال: لا حاجة لي فيه، فقلت: ألم يكن رسول الله ﷺ وأبو بكر وعمر يقبلون الهدية؟ قال: إنها لأولئك هدية، وهي للعمال بعدهم رِشوة)).

أخرجه ابن سعد في "الطبقات" ٣٧٧/٥، وأبو علي الحراني في "تاريخ الرقة" (١٨٠)، وابن عساكر في "تاريخ دمشق" ٢٤٤/٤٨ - ٢٤٥، وابن عبد الحكم في "سيرة عمر بن عبد العزيز" ص ١٦٠، وأحمد بن إبراهيم الدورقي في كتاب "أخبار عمر بن عبد العزيز" كما في "تغليق التعليل" ٣٥٩/٣.

وروى إسماعيل بن موسى السدي ثنا أبو المليح عن ميمون بن مهران قال: ((أهدي إلى عمر بن عبد العزيز تفاح وفاكهة فردها، وقال: لا أعلمن أنكم قد بعثتم إلى أحدٍ من أهل عملي بشيء، قيل له: ألم يكن رسول الله ﷺ يقبل الهدية؟ قال: بلى، ولكنها لنا ولمن بعدنا رِشوة)). أخرجه أبو نعيم في "حلية الأولياء" ٢٩٤/٥.

وروى الهيثم بن خارجة ثنا إسماعيل بن عياش عن عمرو بن مَهاجر قال: ((استهى عمر تفاحاً فقال: لو أن عندنا شيئاً من تفاح فونه طيب، فقام رجلٌ من أهله فأهدى إليه تفاحاً، فلما جاء به الرسول قال: ما أظنيه وأطيب ريحه وأحسنه، أرفع يا غلام وأقر على فلان السلام وقل له: إن هديتك قد وقعت عندنا بحيث تحب، قال عمرو بن مَهاجر: فقلت له: يا أمير المؤمنين ابن عمك رجلٌ من أهل بيتك، وقد بلغك أن النبي ﷺ كان يأكل الهدية ولا يأكل الصدقة، قال: إن الهدية كانت للنبي ﷺ هدية، وهي لنا رِشوة)).

أخرجه أبو نعيم في "حلية الأولياء" ٢٩٤/٥، وابن عبد البر في "المهذب" ١٧/٢ - ١٨، وابن عساكر ٢٢٠/٤٥، وعنه ابن حجر في "تغليق التعليل" ٣٥٩ - ٣٥٨/٣، كلهم من طريق أحمد بن عبد الجبار الصوفي عن الهيثم به.

(٢) من هنا إلى أول كتاب الإجارة ساقط من نسخة "ك".

وهي ما يُعطى بلا شرطٍ إعانةٍ، بخلافِ الرِّشوةِ، "ابن مَلِكٍ". ولو تأدَّى المُهدي بالردِّ يُعطيه مثلَ قيمتها، "خلاصة"^(١)، ولو تَعَذَّرَ الردُّ لَعَدِمَ مَعْرِفَتِهِ أو بُعِدَ مَكَانِهِ وَضَعَهَا فِي بَيْتِ الْمَالِ،

قال: تَلَاَحَقَتِ الهدايا، فقال له "عمر": أَيُّ عَدُوٍّ لِلَّهِ هَلَّا قَعَدْتَ فِي بَيْتِكَ فَتَنْظُرُ أَيَّهَدَى لَكَ أَمْ لَا؟ فَأَخَذَ ذَلِكَ مِنْهُ وَجَعَلَهُ فِي بَيْتِ الْمَالِ^(٢). وتعليلُ النَّبِيِّ ﷺ دليلٌ على تحريمِ الهديةِ التي سَبَّهَا الْوِلَايَةُ، "فتح"^(٣).

قال في "البحر"^(٤): ((وذكرُ الهديةِ ليس احترازياً؛ إذ يحرمُ عليه الاستقراضُ والاستعارةُ مِمَّنْ يحرمُ عليه قبولُ هديتهِ كما في "الخانية"^(٥)) اهـ.

قلتُ: ومقتضاهُ أَنَّهُ يحرمُ عليه سائرُ التَّبَرُّعاتِ، فتحرمُ المُحَابَاةُ أيضاً، ولذا قالوا: له أَخَذَ أَجْرَةَ كِتَابَةِ الصَّكِّ بِقَدَرِ أَجْرِ الْمَثَلِ، فَإِنَّ مُفَادَهُ أَنَّهُ لَا يَجِلُّ لَهُ أَخْذُ الزِّيَادَةِ؛ لِأَنَّهَا مُحَابَاةٌ. وعلى هذا فَمَا يَفْعَلُهُ بَعْضُهُمْ مِنْ شِرَاءِ الْهَدِيَّةِ بِشَيْءٍ سِيرٍ، أَوْ يَبِيعُ الصَّكَّ بِشَيْءٍ كَثِيرٍ لَا يَجِلُّ، وَكَذَا مَا يَفْعَلُهُ بَعْضُهُمْ حِينَ أَخَذَ الْمَحْصُولَ مِنْ أَنَّهُ يَبِيعُ بِهِ الدَّافِعَ دَوَاءً، أَوْ سِكِّيناً، أَوْ نَحْوَ ذَلِكَ لَا يَجِلُّ؛ لِأَنَّهُ إِذَا حَرَّمَ الْإِسْتِقْرَاضُ وَالْإِسْتِعَارَةُ فَهَذَا أَوَّلُ.

[٢٦٠٦٦] (قوله: وهي إلخ) عزاهُ في "الفتح"^(٦) إلى "شرح الأقطع"^(٧).

[٢٦٠٦٧] (قوله: وَضَعَهَا فِي بَيْتِ الْمَالِ) أي: إلى أَن يَحْضُرَ صَاحِبُهَا، فتُدْفَعَ لَهُ بِمَنْزِلَةِ اللَّقْطَةِ كما في "الفتح"^(٨).

(١) "الخلاصة": كتاب القضاء - الفصل الثاني في أدب القضاء والحكام - الجنس الثاني في للعلماء مع المدعي والمدعى عليه ق ١٩٥/ب.

(٢) تقدم نَحْرِيْجُهُ ص ١٩٠.

(٣) "الفتح": كتاب أدب القاضي ٣٧١/٦ - ٣٧٢.

(٤) "البحر": كتاب القضاء - فصل في التقليد ٣٠٥/٦.

(٥) "الخانية": كتاب الدعوى والبيئات ٣٦٣/٢ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٦) "الفتح": كتاب أدب القاضي ٣٧١/٦.

(٧) لأبي نصر الأقطع (ت ٤٧٤هـ) شرح "مختصر الطحاوي"، وشرح "مختصر القلندري"، ولم يتبين لنا المراد منهما عند الإطلاق.

(٨) "الفتح": كتاب أدب القاضي ٣٧١/٦.

ومن خصوصياته عليه الصلاة والسلام أنَّ هداياه له^(١)،.....

(١) من المعروف عند أهل الحديث والسيرة أنَّ من علامات نبوته ﷺ ((أنه كان يأكل الهدية ولا يأكل الصدقة)). و((كان يقبل الهدية ويثيب عليها)). مع أنه كان قاضياً وحاكماً؛ لأنه ﷺ كان معصوماً عن الجَنَح والمَلَل، مُبرأً عن التُّهْمَة. فروى حماد بن سلمة والربيع بن مسلم عن محمد بن زياد عن أبي هريرة ((أنَّ النبي ﷺ كان إذا أُتِيَ بطعامٍ من غير أهله سأل عنه، فإن قيل: هدية أكل منها، وإن قيل: صدقة قال: كُلوا، ولم يأكل منها)). أخرجه البخاري (٢٥٧٦) في الهبة - باب قبول الهدية، ومسلم (١٠٧٧) في الزكاة - باب قبول النبي ﷺ الهدية وردة الصدقة، وأحمد ٣٠٢/٢ و٣٠٥ و٣٣٨ و٤٠٦ و٤٩٢، وابنُ سعد ٣٨٩/١، والبيهقي في "الكبرى" ٣٣/٧ - ٣٤. وروى خالد بن عبد الله وعبد بن العوام عن محمد بن عمرو عن أبي سلمة عن أبي هريرة قال: ((كان رسول الله ﷺ يقبل الهدية ولا يقبل الصدقة)).

أخرجه أبو داود (٤٥١٢) في الذيات - باب فيمن سقى رجلاً سماً، وابنُ سعد في "الطبقات" ٣٨٨/١، وابن حبان كما في "الإحسان" (٦٣٨١). هكذا رواه أبو داود عن وهب بن بقية عن خالد بن. قال المزي في "تحفة الأشراف" ٥/١١ - ٦: قال وهب في موضع آخر: عن أبي سلمة أنَّ رسول الله ﷺ، ولم يذكر (أبا هريرة). هكذا وقع هذا الحديث في رواية أبي سعيد بن الأعرابي عن أبي داود [أي: مُتصلاً عن أبي هريرة]. وعند باقي الرواة: عن أبي سلمة أنَّ رسول الله ﷺ....، ليس فيه (أبو هريرة). وقد جَوَّدَ ابنُ الأعرابي عن أبي داود. وروى سعيد بن محمد الثقفي عن محمد بن عمرو عن أبي سلمة مُرسلاً مطوَّلاً. أخرجه ابنُ سعد ٢٠٠/١.

ورواه أبو عاصم الشيباني عن محمد بن عبد الرحمن الملقب عن ابن أبي مليكة عن ابن عباس عن عائشة أنَّ رسول الله ﷺ كان يقبل الهدية ولا يقبل الصدقة. أخرجه ابنُ سعد ٣٨٨/١. والمليكي: ضعيف.

وروى عبد الله بن رجاء وأبو كامل عن إسرائيل عن أبي إسحاق عن أبي قرّة الكندي عن سلمان... فذكر قصة إسلامه. وفيها: ((وفيه [أي: النبي ﷺ] ثلاث: يأكل الهدية ولا يأكل الصدقة... قال: فصنعت طعاماً فأثيت به النبي ﷺ فوضعت بين يديه، فقال: ((ما هذا؟)) قلت: صدقة. فقال لأصحابه: كُلوا، ولم يأكل، قلت: هذه من علامته... فصنعت طعاماً فأثيت به وهو جالس بين أصحابه، فوضعت بين يديه، فقال: ما هذا؟ قلت: هدية، فوضع يده وقال لأصحابه: خذوا باسم الله، فأكَلُوا وأَكَلُوا...)).

أخرجه أحمد ٤٣٨/٤، وابنُ أبي شيبة، وابنُ سعد ٨١/٤، والطبراني (٦١٥٥)، ووكيع في "أخبار القضاة" ١٧٨/٢. ورواه إبراهيم بن سعد وعبد الله بن إدريس وزيد الكلابي ويونس بن بكير ويحيى بن أبي زائدة وغيرهم عن ابن إسحاق حدثني عاصم بن عمر بن قتادة الأنصاري عن محمود بن لبيد عن عبد الله بن عباس عن سلمان نحوه مطوَّلاً.

أخرجه أحمد ٤٤١/٥ - ٤٤٤، وابنُ سعد ٧٥/٤ - ٨٠، وابنُ هشام في "السيرة" ٢٢٨/١ - ٢٣٥ =

"تَارِخَانِيَّة" ^(١). ومُفَادُهُ: أَنَّهُ لَيْسَ لِلْإِمَامِ قَبُولُ الْهَدِيَّةِ، وَإِلَّا لَمْ تَكُنْ خُصُوصِيَّةً، وَفِيهَا ^(٢): ((يَجُوزُ لِلْإِمَامِ، وَالْمُفْتِي، وَالْوَاعِظُ قَبُولُ الْهَدِيَّةِ؛.....

[٢٩٠٦٨] (قَوْلُهُ: وَفِيهَا (لَخ) أَي: فِي "التَّارِخَانِيَّةِ"، وَهَذَا مُخَالِفٌ لِمَا ذَكَرَهُ أَوَّلًا فِيهَا فِي حَقِّ الْإِمَامِ، وَيُؤَيِّدُ الْأَوَّلَ مَا مَرَّ ^(٣)) عَنْ "الْفَتْحِ": ((مَنْ أَنَّ تَعْلِيلَ النَّبِيِّ ﷺ دَلِيلٌ عَلَى تَحْرِيمِ الْهَدِيَّةِ الَّتِي سَبَّبَهَا الْوِلَايَةُ))، وَكَذَا قَوْلُهُ: ((وَكُلُّ مَنْ عَمِلَ لِلْمُسْلِمِينَ عَمَلًا حُكْمُهُ فِي الْهَدِيَّةِ حُكْمُ الْقَاضِي)) اهـ. وَاعْتَرَضَهُ فِي "الْبَحْرِ" ^(٤) بِمَا ذَكَرَهُ "النَّشَارُحُ" عَنْ "التَّارِخَانِيَّةِ"، وَبِمَا فِي "الْخَانِيَّةِ" ^(٥): ((مَنْ أَنَّهُ يَجُوزُ ٢٠٣/٣١ ب- لِلْإِمَامِ وَالْمُفْتِي قَبُولُ الْهَدِيَّةِ وَإِجَابَةُ الدَّعْوَى الْخَاصَّةِ))، ثُمَّ قَالَ ^(٦): ((إِلَّا أَنْ يُرَادَ بِالْإِمَامِ إِمَامُ الْجَامِعِ))، أَي: وَأَمَّا الْإِمَامُ بِمَعْنَى الْوَالِي فَلَا تَحِلُّ لَهُ الْهَدِيَّةُ فَلَا مُنَافَاةَ، وَهَذَا هُوَ الْمُنَاسِبُ لِلدَّلِيلِ؛ وَلَئِنَّهُ رَأْسُ الْعُمَالِ. قَالَ فِي "النَّهْرِ" ^(٧): ((وَالظَّاهِرُ أَنَّ الْمُرَادَ بِالْعَمَلِ وِلَايَةٌ نَاشِئَةٌ عَنِ الْإِمَامِ أَوْ نَائِبِهِ كَالسَّاعِي وَالْعَاشِرِ)) اهـ.

قُلْتُ: وَمِثْلُهُمْ مَشَائِخُ الْقُرَى وَالْحَرَفِ وَغَيْرُهُمْ مِمَّنْ لَهُمْ قَهْرٌ وَتَسْلُطٌ عَلَى مَنْ دُونَهُمْ، فَإِنَّهُ يُهْدَى إِلَيْهِمْ خَوْفًا مِنْ شَرِّهِمْ، أَوْ لِيَرْوِجَ عِنْدَهُمْ.

٣١٠/٤

- وَالْبَزَارُ فِي "الْبَحْرِ الرُّجَّارِ" (٢٤٩٩) وَ(٢٥٠٠)، وَالطُّحَاوِيُّ فِي "بَيَانِ مُشْكِلِ الْأَثَارِ" (٤٧٧٢)، وَالطَّبْرَانِيُّ فِي "الْكَبِيرِ" (٦٠٦٤) وَ(٦٠٦٥) وَ(٦٠٦٦) وَ(٦٠٧٠) وَ(٦٠٧١)، وَأَبُو الشَّيْخِ فِي "طَبَقَاتِ الْمُحَدِّثِينَ بِأَصْهَانَ" (٩)، وَأَبُو نَعِيمٍ فِي "حَلِيَةِ الْأَوْلِيَاءِ" ١٩٥/١، وَ"دَلَالَتِ النُّبُوَّةِ" (١٩٩)، وَ"أَخْبَارُ أَصْهَانَ" ٤٦/١ - ٥٠، وَابْيَهَقِيُّ فِي "دَلَالَتِ النُّبُوَّةِ" ٩٢/٢ - ٩٧، وَالْخَطِيبُ فِي "تَارِيخِهِ" ١٦٤/١ - ١٦٩.

وَرَوَى هِشَامُ بْنُ سَعْدٍ الْبَزَارُ عَنْ الْحَسَنِ بْنِ أَبِي الْخَضْرَاءِ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ بُرَيْدٍ صَاحِبِ النَّبِيِّ ﷺ قَالَ: ((كَانَتْ أَخْتِي تَبْعُنِي إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ بِالْهَدِيَّةِ فَيَقْبَلُهَا)).

وَفِي رَوَايَةٍ لَابْنِ سَعْدٍ أَيْضًا: ((كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَقْبَلُ الْهَدِيَّةَ، وَلَا يَقْبَلُ الصَّدَقَةَ)).

أَخْرَجَهُ ابْنُ سَعْدٍ ٣٨٩/١.

(١) "التَّارِخَانِيَّةُ": كِتَابُ أَدَبِ الْقَاضِي - الْفَصْلُ الْتَّاسِعُ فِي رِزْقِ الْقَاضِي وَهَبَتِهِ وَدَعْوَتِهِ ٥/١٥٥ بِتَصْرِفٍ.

(٢) الْمَقُولَةُ [٢٦٠٦٥] قَوْلُهُ: ((وَيُرَدُّ هَدِيَّةً)).

(٣) "الْبَحْرِ": كِتَابُ الْقَضَاءِ - فَصْلٌ فِي التَّقْلِيدِ ٣٠٥/٦.

(٤) "الْخَانِيَّةُ": كِتَابُ الدَّعْوَى وَالْبَيِّنَاتِ ٣٦٣/٢ (هَامِشُ "الْفَتَاوَى الْهِنْدِيَّةِ").

(٥) أَي: صَاحِبُ "الْبَحْرِ": كِتَابُ الْقَضَاءِ - فَصْلٌ فِي التَّقْلِيدِ ٣٠٥/٦.

(٦) "النَّهْرِ": كِتَابُ الْقَضَاءِ ق ٤٣٠/١.

مطلب في حكم الهدية للمفتي

وظاهر قوله: ((ناشئة عن الإمام إلخ)) دُعُول المفتي إذا كان منصوباً من طَرَفِ الإمام أو نائبه، لكنّه مخالفٌ لإطلاقهم جواز قبول الهدية له، وإلا لَرِمَ كَوْنُ إمام الجامع والمُدَرِّسِ المنصوبين من طَرَفِ الإمام كذلك، إلا أن يُفَرَّقَ بأنَّ المفتي يَطْلُبُ منه المهدي المساعدة على دَعْوَاهُ ونَصْرُهُ على خصمه فيكون بمنزلة القاضي، لكن يلزَمُ من هذا الفرق أن المفتي لو لم يكن منصوباً من الإمام يكون كذلك، فيُخَالَفُ ما صرّحوا به من جوازها للمفتي، فإنَّ الفرقَ بينه وبين القاضي واضح، فإنَّ القاضي مُلَزَمٌ وخليفة عن رسول الله ﷺ في تنفيذ الأحكام، فأخذه الهدية يكون رشوة على الحكم الذي يؤمّله المهدي، ويلزَمُ منه بطلان حكمه، والمفتي ليس كذلك. وقد يُقال: إنَّ مرادهم بجوازها للمفتي إذا كانت لعينه لا لإعانتِهِ للمهدي، بدليل التعليل الذي نقله "الشارح"، فإذا كانت لإعانتِهِ صدَّقَ عليها حدُّ الرشوة، لكن المذكور في حدّها شرط الإعانة. وقدّمنا^(١) عن "الفتح"^(٢) عن "الأقضية": ((أنه لو أهداه ليعينه عند السلطان بلا شرط - لكن يعلم يقيناً أنه إنما يهدي ليعينه - فمشايخنا على أنه لا بأس به إلخ))، وهذا يشمَلُ ما إذا كان من العَمَالِ أو غيرهم، وعن هذا قال في "جامع الفصولين"^(٣): ((القاضي لا يقبل الهدية من رجل لو لم يكن قاضياً لا يهدي إليه، ويكون ذلك بمنزلة الشرط))، ثم قال^(٤): ((أقول: يُخَالَفُهُ ما ذُكِرَ في "الأقضية" إلخ)).

قلت: والظاهر عدمُ المخالفة؛ لأنَّ القاضي منصوبٌ على أنه لا يقبل الهدية على التفصيل الآتي^(٥)، فما في "الأقضية" مفروضٌ في غيره، فيُحتمَلُ أن يكون المفتي مثله في ذلك ويُحتمَلُ أن لا يكون، والله سبحانه أعلم بحقيقة الحال. ولا شك أن عدمَ القبول هو المقبول،

(١) المقولة [٢٥٩٩٣] قوله: ((أخذ القضاء برشوة)).

(٢) في "م": ((الفتح)) دون ألف، وهو خطأ.

(٣) "جامع الفصولين": الفصل الأول في القضاء وما يتصل به إلخ - موت الوكيل أو الوصي أو الموكل ١٩/١.

(٤) في هذه المقولة.

لأنه إنما يُهدى إلى العالمِ لِعِلْمِهِ^(١)، بخلافِ القاضي (إلا من) أربع: السُّلطان، والباشا،
"أشباه"^(٢) و"بحر"^(٣)،

ورأيتُ في "حاشية شرح المنهج" للعلامة "محمد الداودي" الشافعي^(٤) ما نصّه: ((قال "ع ش"^(٥)) ومن
العَمَالِ مشايخ الأسواق والبلدان، ومُباشِرُو الأوقاف، وكلُّ مَنْ يَتَعاطَى أمراً يَتعلَقُ بالمسلمين)) انتهى.
قال "م ر" في "شرحه"^(٦): ((ولا يُلحَقُ بالقاضي فيما ذُكِرَ: المفتي، والواعظ، ومُعَلِّمُ القرآنِ
والعلم؛ لأنهم ليس لهم أهلية الإلزام. والأولى في حَقِّهم إن كانت الهدية لأجل ما يحصلُ منهم من
الإفتاء والإعطاء والتعليم عَدَمُ القَبُولِ؛ ليكونَ عِلْمُهُمْ^(٧) خالصاً لله تعالى، وإن أُهدي إليهم تحيياً
وتَوْدُّداً لِعِلْمِهِمْ وصلاحتهم فالأولى القَبُولُ. وأما إذا أخذَ المفتي الهدية ليرخصَ في الفتوى: فإن كان
بوجه باطل فهو رجلٌ فاجرٌ، يُبدَلُ أحكامُ الله تعالى ويشترى بها ثَمناً قليلاً، وإن كان بوجه صحيح
فهو مكروه كراهة شديدة)) انتهى. هذا كلامه، وقواعدنا لا تأباه، ولا حول ولا قوة إلا بالله.

وأما إذا أخذَ لا ليرخصَ له، بل لبيان الحكم الشرعي فهذا ما ذُكِرَ أولاً، وهذا إذا لم
يكن بطريق الأجرة بل مجرد هدية؛ لأنَّ أخذَ الأجرة على بيان الحكم الشرعي لا يحِلُّ عندنا،
وإنما يحِلُّ على الكتابة؛ لأنها غير واجبة عليه، والله سبحانه أعلم.

[٢٠٦٩] (قوله: السُّلطان، والباشا) عزاه في "الأشباه" إلى "تهذيب القلانسي"^(٨)، قال
"الحموي"^(٩): ((وفيه فُصُورٌ؛ إذ لا يَشْمَلُ القاضي الذي يتولَّى منه، وهو قاضي ٢/٢٠٣/٣

(١) في "د": ((بعلمه)).

(٢) "الأشباه والظواهر": الفن الثاني: الفوائد - كتاب القضاء والشهادات والدعاوي ص ٢٦٩، وعبارته: ((السلطان ووالي البلد)).

(٣) "البحر": كتاب القضاء - فصل في التقليد ٣٠٤/٦ - ٣٠٥ بتصرف.

(٤) حاشية محمد بن عبد الحَيِّ بن رجب الداودي الدمشقي (ت ١١٦٨ هـ) على "شرح المنهج". ("الأعلام" ١٨٧/٦).

(٥) أي: علي الشيرازي في حاشيته على "نهاية المحتاج شرح المنهاج": كتاب القضاء - فصل في آداب القضاء وغيرها
٢٥٦/٨ (هامش "نهاية المحتاج").

(٦) أي: محمد الرَّمْلِي في "نهاية المحتاج شرح المنهاج": كتاب القضاء - فصل في آداب القضاء وغيرها ٢٥٦/٨.

(٧) في مطبوعة حاشية الشيرازي: ((عَمَلُهُمْ)).

(٨) "تهذيب الوقعات" لأحمد القلانسي. ("كشف الظنون" ٥١٧/١، "الجوهر المضى" ٣٥٧/١).

(٩) "غمر عيون البصائر": الفن الثاني: الفوائد - كتاب القضاء والشهادات والدعاوي ٣٦٢/٢ - ٣٦٣ بتصرف.

و(قَرِيْبِهِ) الْمَحْرَمُ، (أَوْ مِمَّنْ جَرَتْ عَادَتُهُ بِذَلِكَ) بِقَدْرِ عَادَتِهِ،

العسْكَرُ لِقَضَاةِ الْأَقْطَارِ، وَعبارة "الْقَلَائِسِي": وَلَا يَقْبَلُ الْهَدِيَّةَ إِلَّا مِنْ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ، أَوْ وَالٍ يَتَوَلَّى الْأَمْرَ مِنْهُ، أَوْ وَالٍ مُقَدِّمُ الْوَلَايَةِ عَلَى الْقَضَاةِ. وَمَعْنَاهُ: أَنَّهُ يَقْبَلُ الْهَدِيَّةَ مِنَ الْوَالِيِ الَّذِي تَوَلَّى الْقَضَاءَ مِنْهُ، وَكَذَا مِنْ وَالٍ مُقَدِّمٍ عَلَيْهِ فِي الرُّتْبَةِ، فَإِنَّهُ يَشْمَلُ الْقَاضِيَ الَّذِي تَوَلَّى مِنْهُ وَالْبَاشَا)). وَوَجْهُهُ: أَنَّ مَنَعَ قَبُولِهَا إِنَّمَا هُوَ لِلْخَوْفِ مِنْ مُرَاعَاتِهِ لِأَجْلِهَا، وَهُوَ إِنْ رَاعَى الْمَلِكَ وَنَائِبَهُ لَمْ يُرَاعِهِ لِأَجْلِهَا. [٢٦٠٧٠] (قَوْلُهُ: الْمَحْرَمُ) هَذَا الْقَيْدُ لَا يَدْخُلُ مِنْهُ؛ لِخُرُوجِ ابْنِ الْعَمِّ، "نَهْر" ^(١).

[٢٦٠٧١] (قَوْلُهُ: أَوْ مِمَّنْ جَرَتْ عَادَتُهُ بِذَلِكَ) قَالَ فِي "الْأَشْبَاه" ^(٢): ((وَلَمْ أَرَ بِمَاذَا تَثْبُتُ الْعَادَةُ)). وَنَقَلَ "الْحَمَوِيُّ" ^(٣) عَنْ بَعْضِهِمْ ^(٤): ((أَنَّهَا تَثْبُتُ بِمَرَّةٍ)). ثُمَّ إِنَّ ظَاهِرَ الْعَطْفِ أَنَّ قَبُولَهَا مِنَ الْقَرِيبِ غَيْرُ مُقَيَّدٍ بِجَرَيِ الْعَادَةِ مِنْهُ، وَهُوَ ظَاهِرُ إِطْلَاقِ "الْقُدُورِيِّ" ^(٥) وَ"الْهَدَايَةِ" ^(٦)، وَفِي "النَّهْيَةِ" عَنْ "شَيْخِ الْإِسْلَامِ": ((أَنَّهُ قَيْدٌ فِيهِ أَيْضًا))، وَتَمَامُهُ فِي "النَّهْرِ" ^(٧).

[٢٦٠٧٢] (قَوْلُهُ: بِقَدْرِ عَادَتِهِ) فَلَوْ زَادَ لَا يَقْبَلُ الزِّيَادَةَ، وَذَكَرَ "فَخْرُ الْإِسْلَامِ": ((إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَالُ الْمُهْدِي قَدْ زَادَ، فَبِقَدْرِ مَا زَادَ مَالُهُ إِذَا زَادَ فِي الْهَدِيَّةِ) ^(٨) لَا بِأَسَرِّ قَبُولِهَا))، "فَتْح" ^(٩). قَالَ فِي "الْأَشْبَاه" ^(١٠): ((وُظَاهِرُ كَلَامِهِ أَنَّهُ زَادَ فِي الْقَدْرِ، فَلَوْ فِي الْمَعْنَى كَأَنَّ كَانَتْ عَادَتُهُ إِهْدَاءَ

(١) "النهر": كتاب القضاء ق ٤٣٠/أ.

(٢) "الأشباه والنظائر": الفن الأول: القواعد الكلية - القاعدة السادسة: العادة محكمة - ما ثبتت العادة به ص ١٠٣.

(٣) "غمر عيون البصائر": الفن الأول: القواعد الكلية - القاعدة السادسة: العادة محكمة - المبحث الأول: عما تثبت العادة ٢٩٩/١ بتصرف.

(٤) هو العلامة محمد السَّمْدَيْسِيُّ فِي كِتَابِهِ الَّذِي أَلْفَهُ فِي الْقَوَاعِدِ، كَمَا فِي "غَمْرِ عَيْونِ الْبَصَائِرِ".

(٥) انظر "اللباب في شرح الكتاب": كتاب أدب القاضي ٨١/٤.

(٦) "الهداية": كتاب أدب القاضي ١٠٣/٣.

(٧) انظر "النهر": كتاب القضاء ق ٤٣٠/أ.

(٨) فِي "م": ((الْهَدَايَةِ))، وَهُوَ خَطَأً.

(٩) "الفتح": كتاب أدب القاضي ٣٧١/٦.

(١٠) "الأشباه والنظائر": الفن الأول: القواعد الكلية - النوع الثاني من القواعد - القاعدة الثانية: إِذَا اجْتَمَعَ الْحَلَالُ

وَالْحَرَامُ غَلَبَ الْحَرَامُ ص ١٢٧ - بتصرف.

ولا خصوصاً لهما، "درر"^(١).....

ثوب كَتَانٍ فَأَهْدَى ثوباً حَرِيراً لَمْ أَرَهُ لِأَصْحَابِنَا، وَيَنْبَغِي وَجُوبُ رَدِّ الْكَلِّ، لَا يَقْدَرُ مَا زَادَ فِي قِيَمَتِهِ؛ لَعَدَمِ تَمْيِيزِهَا))، ونظَرَ فِيهِ فِي "حَوَاشِي الْأَشْبَاهِ"^(٢).

(تنبيه)

في "الفتح"^(٣): ((وَيَجِبُ أَنْ تَكُونَ هَدِيَّةُ الْمُسْتَقْرِضِ لِلْمَقْرَضِ كَالْهَدِيَّةِ لِلْقَاضِي، إِنْ كَانَ الْمُسْتَقْرِضُ لَهُ عَادَةٌ قَبْلَ اسْتِقْرَاضِهِ لِلْمَقْرَضِ أَنْ يَقْبَلَ مِنْهُ قَدْرٌ مَا كَانَ يُهْدِيهِ بِلَا زِيَادَةٍ)) اهـ. قَالَ فِي "الْبَحْرِ"^(٤): ((وَهُوَ سَهْوٌ، وَالْمَنْقُولُ - كَمَا قُلْنَا - أَخْرَجَ الْحَوَالَةَ - أَنَّهُ يَجِلُّ حَيْثُ لَمْ يَكُنْ^(٥) مُشْرُوطاً مُطْلَقاً)) اهـ. وَأَجَابَ "الْمَقْدِسِيُّ": ((بِأَنَّ كَلَامَ الْمُحَقِّقِ فِي "الْفَتْحِ" مَبْنِيٌّ عَلَى مُقْتَضَى الدَّلِيلِ)).

٢٦٠٧٣٦ (قَوْلُهُ: وَلَا خُصُومَةٌ لِهَمَا) فَإِنْ قَبِلَهَا بَعْدَ انْقِطَاعِ الْخُصُومَةِ حَازَ، "ابْنُ مَلَكٍ"، وَذَكَرَهُ فِي "النَّهْرِ"^(٦) بَحْثًا. وَفِي "ط"^(٧) عَنْ "الْحَمَوِيِّ": ((إِلَّا أَنْ يَكُونَ مِمَّنْ لَا تَنْتَاهِي خُصُومَاتُهُ كَنُظَارِ الْأَوْقَافِ وَمُبَاشِيرِيهَا)) اهـ.

قَالَ فِي "الْبَحْرِ"^(٨): ((وَالْحَاصِلُ: أَنَّ مَنْ لَهُ خُصُومَةٌ لَا يَقْبَلُهَا مُطْلَقاً، وَمَنْ لَا خُصُومَةَ لَهُ: فَإِنْ كَانَ لَهُ عَادَةٌ قَبْلَ الْقَضَاءِ قَبْلَ الْمُعْتَادِ، وَإِلَّا فَلَا)) اهـ. أَيْ: سَوَاءٌ كَانَ مَحْرُماً أَوْ غَيْرُهُ عَلَى مَا مَرَّ^(٩) عَنْ "شَيْخِ الْإِسْلَامِ".

(١) "الدرر والغرر": كتاب القضاء ٤٠٦/٢.

(٢) انظر "عمر عيون البصائر": الفُرُقُ الْأُولَى - القواعد الكلية - النوع الثاني - القاعدة الثانية: إذا اجتمع الحلال والحرام ٣٥٠/١.

(٣) "الفتح": كتاب أدب القاضي ٣٧٢/٦.

(٤) "البحر": كتاب القضاء - فصل في التقليد ٣٠٥/٦.

(٥) في "م": ((لَمْ يَكُنْ))، وَهُوَ خَطَأٌ طِبَاعِي.

(٦) "النهر": كتاب القضاء ق ٤٣٠/أ.

(٧) "ط": كتاب القضاء ١٨٣/٣ - ١٨٤.

(٨) "البحر": كتاب القضاء - فصل في التقليد ٣٠٥/٦.

(٩) المقالة [٢٦٠٧١] قوله: ((أَوْ مِمَّنْ حَرَّتْ عَادَتُهُ بِذَلِكَ)).

(و) يَرُدُّ إجابةً (دَعْوَةٍ خَاصَّةٍ، وهي التي لا يَتَّخِذُهَا صَاحِبُهَا لولا حُضُورَ القَاضِي) ولو مِن مَحْرَمٍ وَمُعْتَادٍ، وقيل: هي كَالْهَدِيَّةِ، وفي "السَّراج" و"شرح المجمع": ((ولا يُجِيبُ دَعْوَةَ خَصْمٍ

[مطلب في التفريق بين الدعوة العامة والخاصة]

[٢٦٠٧٤] (قوله: دَعْوَةٌ خَاصَّةٌ) الدَّعْوَةُ إِلَى الطَّعَامِ بفتح الدَّالِ عند أَكْثَرِ الْعَرَبِ، وبعضُهُمْ يَكْسِرُهَا كَمَا فِي "المصباح" ^(١)، فلو عَامَّةٌ لَه حُضُورُهَا لولا لَاحْصُومَةُ لَاصِحِهَا كَمَا فِي "الفتح" ^(٢). [٢٦٠٧٥] (قوله: وهي إلخ) هذا هو الْمُصْحَحُ فِي تَفْسِيرِهَا، وقيل: الْعَامَّةُ دَعْوَةُ الْعُرْسِ وَالْخَتَانِ، وما سِوَاهُمَا خَاصَّةٌ، وقيل: إِنَّ كَانَتْ لْخَمْسَةِ إِلَى عَشْرَةٍ فَخَاصَّةٌ، وَإِنْ لَأَكْثَرَ فَعَامَّةٌ، وَتَمَامُهُ فِي "البحر" ^(٣) و"النهر" ^(٤).

[٢٦٠٧٦] (قوله: وقيل: هي كَالْهَدِيَّةِ) ظَاهِرُ "الفتح" اعْتِمَادُهُ، فَإِنَّهُ قَالَ بَعْدَ كَلَامٍ ^(٥): ((فَقَدْ آلَ الْحَالُ إِلَى أَنَّهُ لَا فَرْقَ بَيْنَ الْقَرِيبِ وَالْغَرِيبِ فِي الْهَدِيَّةِ وَالضِّيَافَةِ)). وَكَذَا قَالَ فِي "البحر" ^(٦): ((الْأَحْسَنُ أَنْ يُقَالَ: وَلَا يَقْبَلُ هَدِيَّةً وَدَعْوَةً خَاصَّةً إِلَّا مِنْ مَحْرَمٍ أَوْ مِمَّنْ لَهُ عَادَةٌ، فَإِنَّ لِلْقَاضِي أَنْ يُجِيبَ الدَّعْوَةَ الْخَاصَّةَ مِنْ أَجْنَبِيٍّ لَهُ عَادَةٌ بِاتِّخَاذِهَا كَالْهَدِيَّةِ، فَلَوْ كَانَ مِنْ عَادَتِهِ الدَّعْوَةُ لَهُ فِي كُلِّ شَهْرٍ مَرَّةً فِدْعَاهُ كُلِّ أَسْبُوعٍ بَعْدَ الْقَضَاءِ لَا يُجِيبُهُ، وَلَوْ اتَّخَذَ لَهُ طَعَاماً أَكْثَرَ مِنَ الْأَوَّلِ لَا يُجِيبُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَالُهُ قَدْ زَادَ، كَذَا فِي "التَّارِخَانِيَّةِ" ^(٧))). اهـ.

[٢٦٠٧٧] (قوله: وَلَا يُجِيبُ دَعْوَةَ خَصْمٍ) هُوَ مَا ذَكَرَهُ فِي "شرح المجمع" لـ "ابن مَلَكٍ"، وَقَدْ مَنَاهُ ^(٨) عَنْ "الفتح". وَقَوْلُهُ: ((وغير مُعْتَادٍ)) هُوَ مَا ذَكَرَهُ فِي "السَّراج" كَمَا عَزَاهُ إِلَيْهِ "المصنّف" فِي "المنح" ^(٩).

(١) "المصباح": مادة ((دعو)).

(٢) "الفتح": كتاب أدب القاضي ٣٧٢/٦.

(٣) انظر "البحر": كتاب القضاء - فصل في التقليد ٣٠٦/٦.

(٤) انظر "النهر": كتاب القضاء ق ٤٣٠/أ - ب.

(٥) "الفتح": كتاب أدب القاضي ٣٧٢/٦.

(٦) "البحر": كتاب القضاء - فصل في التقليد ٣٠٥/٦.

(٧) "التارخانية": كتاب أدب القاضي - الفصل التاسع في رزق القاضي وحبته ودعوته ١٥/٥ ق/ب.

(٨) المقولة [٢٦٠٧٤] قوله: ((دعوة خاصة)).

(٩) "المنح": كتاب القضاء ٢/٥٥ ق/أ.

وغير مُعتادٍ ولو عامَّةً؛ للثَّهَمَةِ)). (وَيَسْهَدُ الْجَنَازَةَ، وَيَعُوذُ الْمَرِيضَ) إِنَّ لَمْ يَكُنْ لِهَمَا وَلَا عَلَيْهِمَا دَعْوَى، "شَرْبِلَالِيَّةٌ"^(١) عَنْ "الْبَرْهَانَ". (وَيُسَوِّي) وَجُوباً (بَيْنَ الْخَصْمَيْنِ: جُلُوساً،

وهذا لا يُناسِبُ الدَّ ((قِيلَ)) المذكورَ قَبْلَهُ؛ لِأَنَّهُ يَلْزَمُ أَنْ تَكُونَ الْعَامَّةُ كَالْخَاصَّةِ، وَهُوَ خِلَافٌ تَقْيِيدُهُمُ الْمَنْعَ بِالْخَاصَّةِ فَقَطْ، تَأَمَّلْ.

[٢٦٠٧٨] {قَوْلُهُ: وَيَعُوذُ الْمَرِيضَ} إِلَّا أَنَّهُ لَا يُطِيلُ الْمَكْثَ [ب/٢٠٣/٢] عِنْدَهُ، "بَحْر"^(٢).

[٢٦٠٧٩] {قَوْلُهُ: إِنَّ لَمْ يَكُنْ لِهَمَا وَلَا عَلَيْهِمَا دَعْوَى} الَّذِي فِي "الْفَتْحِ"^(٣) وَغَيْرِهِ الْاِقْتِصَارُ عَلَى ذِكْرِ الْمَرِيضِ، تَأَمَّلْ.

[٢٦٠٨٠] {قَوْلُهُ: وَيُسَوِّي وَجُوباً بَيْنَ الْخَصْمَيْنِ (إِلَخ) إِطْلَاقُهُ يَعُمُّ الصَّغِيرَ وَالْكَبِيرَ، وَالْخَلِيفَةَ وَالرَّعِيَّةَ، وَالذَّنِيَّ وَالشَّرِيفَ، وَالْأَبَّ وَالابْنَ، وَالْمُسْلِمَ وَالْكَافِرَ، إِلَّا إِذَا كَانَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ هُوَ الْخَلِيفَةُ يَنْبَغِي لِلْقَاضِي أَنْ يَقُومَ مِنْ مَقَامِهِ، وَأَنْ يُجْلِسَهُ مَعَ خَصْمِهِ وَيَقْعُدَ هُوَ عَلَى الْأَرْضِ، ثُمَّ يَقْضِي بَيْنَهُمَا، وَلَا يَنْبَغِي أَنْ يُجْلِسَ أَحَدَهُمَا عَنْ يَمِينِهِ وَالْآخَرَ عَنْ يَسَارِهِ؛ لِأَنَّ لِلْيَمِينِ فَضْلاً، وَلِذَا كَانَ النَّبِيُّ ﷺ يَخْصُ بِهِ الشَّيْخَيْنِ^(٤)، بَلِ الْمُسْتَحَبُّ بِاتِّفَاقِ أَهْلِ الْعِلْمِ أَنْ يُجْلِسَهُمَا

{قَوْلُهُ: وَهَذَا لَا يُنَاسِبُ الدَّ ((قِيلَ))} الْمَذْكُورَ قَبْلَهُ (إِلَخ) بَلْ هُوَ قَوْلٌ آخَرُ مُقَابِلٌ لِلْقَوْلَيْنِ قَبْلَهُ. {قَوْلُهُ: الَّذِي فِي "الْفَتْحِ" وَغَيْرِهِ الْاِقْتِصَارُ عَلَى ذِكْرِ الْمَرِيضِ} لَكِنْ حَيْثُ صَرَّحَ فِي "الْبَرْهَانَ" بِحُكْمِ الْمَسْأَلَةِ، وَجَعَلَ حُكْمَ الْمَيْتِ وَالْمَرِيضِ وَاحِداً يَلْزَمُ اتِّبَاعُهُ.

(١) "الشَّرْبِلَالِيَّةُ": كِتَابُ الْقَضَاءِ ٤٠٦/٢ (هَامِشُ "الدَّرَرِ وَالْفَرَرِ").

(٢) "الْبَحْرُ": كِتَابُ الْقَضَاءِ - فَصْلٌ فِي التَّقْلِيدِ ٣٠٦/٦.

(٣) "الْفَتْحُ": كِتَابُ أَدَبِ الْقَاضِي ٣٧٢/٦.

(٤) رَوَى قُرَيْشُ بْنُ أَنَسٍ عَنْ صَالِحِ بْنِ أَبِي الْأَخْضَرِ عَنِ الزُّهْرِيِّ عَنْ سُوَيْدِ بْنِ يَزِيدَ قَالَ: رَأَيْتُ أَبَا ذَرٍّ جَالِساً وَحْدَهُ فِي الْمَسْجِدِ، فَاتَّعَمْتُ ذَلِكَ فَجُلِسْتُ إِلَيْهِ، فَذَكَرْتُ لَهُ عُثْمَانَ، فَقَالَ: ((لَا أَقُولُ لِعُثْمَانَ أَبَداً إِلَّا خيراً، لَشَيْءٍ رَأَيْتُهُ عِنْدَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، كُنْتُ أَتَّبِعُ خَلَوَاتِ رَسُولِ اللَّهِ وَأَتَعَلَّمُ مِنْهُ، فَذَهَبْتُ يَوْمًا إِذَا هُوَ قَدْ خَرَجَ فَاتَّبَعْتُهُ، فَجُلِسَ فِي مَوْضِعٍ فَجُلِسْتُ عَنْده، فَقَالَ: يَا أَبَا ذَرٍّ مَا جَاءَ بِكَ؟ قَالَ: قُلْتُ: اللَّهُ وَرَسُولُهُ، قَالَ: فَجَاءَ أَبُو بَكْرٍ فَسَلَّمَ وَجَلَسَ عَنِ يَمِينِ النَّبِيِّ ﷺ، فَقَالَ لَهُ: -

- ما جاء بك يا أبا بكر؟ قال: الله ورسوله، قال: فجاء عمر فجلس عن يمين أبي بكر، فقال: يا عمر ما جاء بك؟ قال: الله ورسوله، ثم جاء عثمان فجلس عن يمين عمر، فقال: يا عثمان ما جاء بك؟ قال: الله ورسوله...)).

أخرجه الزَّيَّار في "البحر الزَّخَّار" (٤٠٤٠)، ورواه (٤٠٤٤) عن عمرو بن الحارث عن عبد الله بن سالم عن الزُّبَيْدِيِّ عن الوليد بن عبد الرحمن عن جُبَيْر بن نَفِير عن أَبِي ذَرٍّ رضي الله عنه.

وهذا ضعيف، فَإِنَّ ثَبْتَ فَيْدِلُ عَلَى أَنَّ كِبَارَ الصَّحَابَةِ أَبَا بَكْرٍ وَعُمَرُ وَعثمان كانوا يجلسون عن يمينه.

أَمَّا كَوْنُ أَبِي بَكْرٍ عَنْ يَمِينِهِ وَعُمَرُ عَنْ يَسَارِهِ فَالرَّوَايَاتُ فِي هَذَا مُسْتَفِضَّةٌ.

منها ما روى سليمان بن بلال ومحمد بن جعفر عن شريك بن أبي نعيم عن سعيد بن المسيب أخبرني أبو موسى الأشعري حيث كان مع رسول الله ﷺ عند بئر أُرَيْسٍ قال: ((... فقمْتُ إليه فإذا هو قد جلس على بئر أُرَيْسٍ وتوسطَ قُفُّهُ وكشفَ عن ساقَيْهِ ودَلَّاهُمَا في البئر... الحديث وفيه: أَنَّ أَبَا بَكْرٍ دَخَلَ فجلسَ عن يَمِينِ رسولِ الله ﷺ معه في القُفِّ ودَلَّى رجليه في البئر كما صنع النَّبِيُّ ﷺ وكشفَ عن ساقَيْهِ... وَأَنَّ عُمَرَ دَخَلَ وجلسَ مع رسولِ الله ﷺ في القُفِّ عن يَسَارِهِ ودَلَّى رجليه في البئر...)).

أخرجه البخاري (٣٦٧٤) في فضائل الصَّحَابَةِ بابٌ في الفتن (٧٠٩٧)، باب الفتنة التي تموج كموج البحر وفي "الأدب المفرد" (١١٥١)، ومسلم (٢٤٠٣) في فضائل الصَّحَابَةِ - باب فضائل عثمان بن عفَّان، والروائي في "مستدركه" (٢٥٢)، وابن أبي عاصم في "السنن" (١٤٦٠)، والبيهقي في "دلائل النبوة" ٣٨٨/٦ - ٣٨٩.

وكذلك رواه يعقوب بن إسماعيل بن يسار المدني عن عبد الرحمن بن خرملة عن سعيد بن المسيب عنه فذكر القِصَّةَ بلفظ قريب.

أخرجه أبو بكر الزَّيَّار في "البحر الزَّخَّار" (٣٠٥١)، ثم قال: لا نعلم رواه عن ابن خرملة إلا يعقوب، وقد روى سليمان بن بلال ومحمد بن جعفر عن شريك بن أبي نعيم عن سعيد بن المسيب عن أبي موسى نحو هذه القِصَّةِ اهـ.

ورواه أبو مصعب عن عبد العزيز الدَّارُودِيِّ عن شريك بن عبد الله بن أبي نعيم عن عطاء بن يسار عن أبي سعيد الخدري قال: ((زَفَّ رسولُ الله ﷺ بالأسواقِ وبلالٌ معه (...)) غوه.

أخرجه الطبراني في "الأوسط" (٣٩٨٨)، ثم قال: لم يروِه عن شريك عن عطاء عن أبي سعيد إلا الدَّارُودِيُّ، تفردَ به أبو مصعب. قال الهيثمي في "المجمع" ٥٣/٢: ورجاله موثقون. وقال في ٥٧/٩: ورجاله رجال الصَّحيح غير شيخ الطبراني علي بن سعيد، وهو حسن الحديث.

والخطأ في هذا ظاهر وإن وثق رجاله، فقد خالف الدَّارُودِيُّ سليمان بن بلال ومحمد بن جعفر بن أبي كثير. أمَّا بقية الروايات عن أبي عثمان النَّهْدِيِّ عن أبي موسى فليس فيها هذه الألفاظ.

هذا، وقد رواه يزيد بن هارون وإسماعيل بن جعفر عن محمد بن عمرو عن أبي سلمة قال: قال نافع بن الحارث: ((خرجت مع رسول الله ﷺ حتى دخل حائطاً، فقال لي: أمسك عليَّ الباب، فجاء أبو بكر (...)) وفيه: ((فجلس مع رسول الله ﷺ على القُفِّ ودَلَّى رجليه... فدخل [عمر] فجلس مع رسول الله ﷺ على القُفِّ ودَلَّى رجليه في البئر...)) الحديث.

أخرجه أحمد ٤٠٨/٣، وابن أبي شَيْبَةَ ٤٩٣/٧، وعنه ابنُ أَبِي عاصمٍ في "السنة" (١١٤٧)، وفي "الآحاد والمثاني" (٢٣٣٧)، وأبو داود (٥١٨٨)، والنسائي في "الكبرى" (٨١٣٢).

وأخرجه أحمد ٤٠٧/٤ من طريق صالح بن كيسان عن أبي الزناد عن عبد الرحمن بن نافع بن عبد الحارث عن أبي موسى الأشعري نحوه.

ورواه موسى بن عُقْبَةَ سَمِعْتُ أَبَا سَلَمَةَ يُحَدِّثُ - وَلَا أَعْلَمُهُ إِلَّا عَنْ نَافِعٍ بْنِ عَبْدِ الْحَارِثِ - أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ... فَذَكَرَ الْحَدِيثَ. أخرجه أحمد ٤٠٨/٣.

وأُصِرَّحُ مِنْهُ [لَكِنَّهُ ضَعِيفٌ] مَا رَوَى سَعِيدُ بْنُ مَسْلَمَةَ عَنْ إِسْمَاعِيلَ بْنِ أُمَيَّةَ عَنْ نَافِعٍ عَنْ ابْنِ عُمَرَ قَالَ: دَخَلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ الْمَسْجِدَ وَعَنْ يَمِينِهِ أَبُو بَكْرٍ وَعَنْ شِمَالِهِ عُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، فَقَالَ عَنْهُمَا: «هَكَذَا نُبْعَثُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ».

أخرجه الترمذي (٣٦٦٩) في الفضائل - باب فضائل أبي بكر وعمر، وابنُ ماجه (٩٩) في الفضائل - باب فضل الصديق، وعبدُ الله بن أحمد في "فضائل الصحابة" (٧٧) و(١٥١) و(٢٢١) و(٦٠٢)، وابنُ أبي عاصمٍ في "السنة" (١٤١٨)، وابنُ عَدِيٍّ في "الكامل" ٣٧٩/٣، وأبو الشَّيْخِ في "طبقات المُحَدِّثِينَ بِأَصْبَهَانَ" ٢٣٩/٤، وابنُ حِبَّانَ في "المحروحين" ٣٢١/١، والحاكم في "المستدرک" ٦٨/٣، والخطيب في "تاريخه" ٣٦٥/٤ و١٢/١٣٧. وقال الحاكم: صحيح الإسناد ولم يُخْرِجَاهُ. وتعبه الذهبي: سَعِيدٌ ضَعِيفٌ. وقال أبو حاتم كما في "العلل" ٣٨١/٢: هذا مُنْكَرٌ. قال الترمذي: وسعيد بن مسلمة ليس عندهم بالقوي، وقد روي هذا الحديث أيضاً من غير هذا الوجه عن نافع عن ابن عمر اهـ. وقال ابنُ مَعِينٍ: ليس بشيء، وقال البخاري: ضعيف، وقال ابنُ عَدِيٍّ: أرجو أنه لا يُتْرَكُ.

وروى خالد بن يزيد العُمَرِيُّ ثنا إبراهيم بن سعيد عن أبيه عن أبي سَلَمَةَ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ قَالَ: خَرَجَ النَّبِيُّ ﷺ بَيْنَ أَبِي بَكْرٍ وَعُمَرَ فَقَالَ: «هَكَذَا نُبْعَثُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ».

أخرجه الطبراني في "الأوسط" (٨٢٥٨)، ثُمَّ قَالَ: لَمْ يَرَوْهُ عَنْ إِبْرَاهِيمَ بْنِ سَعْدٍ إِلَّا خَالِدٌ، تَفَرَّدَ بِهِ عَنْهُ بَنُ حَرْبٍ. قال الهيثمي في "المجمع" ٥٣/٩: وفيه خالد بن يزيد العُمَرِيُّ، وهو كذاب.

وروى الحكم بن مروان قال: ثنا فُراتُ بن السائب عن ميمون بن مهران عن ابن عمر أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَرَادَ أَنْ يَبْعَثَ رَجُلًا فِي حَاجَةٍ وَأَبُو بَكْرٍ عَنْ يَمِينِهِ وَعُمَرُ عَنْ يَسَارِهِ، فَقَالَ لَهُ عَلِيٌّ: أَلَا تَبْعَثُ هَذِينَ؟ فَقَالَ: «كَيْفَ أَبْعَثُهُمَا وَهُمَا مِنْ هَذَا الدِّينِ بِمَنْزِلَةِ السَّمْعِ وَالْبَصَرِ مِنَ الرَّأْسِ؟».

أخرجه عبدُ الله بن أحمد في "فضائل الصحابة" (٥٧٥)، وأبو نعيم في "الحلية" ٩٣/٤، قال أبو نعيم: هذا من مفايد فُرات بن السائب عن ميمون.

وفُراتُ بن السائب أبو سليمان الجَزَرِيُّ: قال البخاري: مُنْكَرُ الْحَدِيثِ، تَرَكُوهُ.

وروى ابنُ وَهْبٍ وَغَيْرُهُ عَنْ ابْنِ لَهْعَةَ حَدَّثَنَا أَبُو طُعْمَةَ سَمِعْتُ ابْنَ عُمَرَ يَقُولُ: خَرَجَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ إِلَى الْمَرِيدِ فَخَرَجْتُ مَعَهُ، فَكَتَبْتُ عَنْ يَمِينِهِ، وَأَقْبَلَ أَبُو بَكْرٍ فَتَأَخَّرْتُ عَنْهُ، فَكَانَ عَنْ يَمِينِهِ وَكَتَبْتُ عَنْ يَسَارِهِ، ثُمَّ أَقْبَلَ عُمَرُ فَتَحَيْثُ لَهُ، فَكَانَ عَنْ يَسَارِهِ، فَثَنَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ الْمِرْدَةَ، فَإِذَا بَارِزًا عَلَى الْمَرِيدِ فِيهَا حُمْرٌ، قَالَ ابْنُ عُمَرَ: فِدَعَانِي رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِالْمِدَّةِ، قَالَ ابْنُ عُمَرَ: وَمَا عَرَفْتُ الْمِدَّةَ إِلَّا بِرِمْدِي، فَأَمَرَ بِالرِّزْقِ فَتَشَقَّتْ، ثُمَّ قَالَ: «لُعِثَتِ الْخُمْرُ، وَشَارِبُهَا، وَسَاقِبُهَا، وَبَاتِعُهَا، وَبَتَاتِعُهَا، وَحَامِلُهَا، وَالْمَحْمُولَةُ إِلَيْهِ، وَعَاصِرُهَا، وَمُعْتَصِرُهَا، وَآكِلُ ثَمَرِهَا».

- أخرجه أحمد ٢٥/٢ و ٧١، والطحاوي في "بيان المشكل" (٣٣٤٢) و (٣٣٤٣)، والبيهقي ٢٨٧/٨. وقد أخرج غيرهم الحديث مختصراً دون القصة. وفي رواية: أنَّ النبي ﷺ هو الذي أخرجه. وأبو طعمة هلال مولى عمر بن عبد العزيز: قارئ مصر، ذكره ابن حبان في "الثقات"، ووثقه ابن عمارة الموصلي والذهبي، وقال ابن حجر في "التقريب": لم يثبت أنَّ مكحولاً وثقه. وروى زيد بن حباب حديثي أفلح بن سعيد الأنصاري قال: حدثني بُريدة بن سفيان بن قروة الأسلمي عن غلام بجدة - يقال له: مسعود - أنه مر به النبي ﷺ وأبو بكر، فقال: يا مسعود قل لأبي قميم مولاك يثبت لنا بغير دليل فيختم معهما بغير وطء من لبن، وحضرت الصلاة، فقام رسول الله ﷺ وأبو بكر عن يمينه، وقد عرفتُ الإسلام فقمتم خلفهما، فدفع رسول الله ﷺ في صدر أبي بكر، فقمنا وراءه. أخرجه النسائي في "المجتبى" ٨٤/٢ - ٨٥، و"الكبرى" (٨٧٥)، والطبراني في "الكبير" ٢٠/٧٨٤، وابن قانع في "معجمه" ٦٤/٣ (١٠١٦). قال النسائي: وبُريدة هذا ليس بالقوي في الحديث إلا أنَّ هذا لا يدلُّ للمصنف على أنَّ اليمين مختص بالشيخين!
- فقد روى مالك بن أنس والأوزاعي ويونس وشعيب قالوا: عن الزُّهري عن أنس بن مالك أنَّ رسول الله ﷺ أُتي بكنٍّ وقد شيب، وعن عتبة أعرابي وعن يساره أبو بكر، فشرب، ثم أعطى الأعرابي وقال: ((الأمين فالأمين)). أخرجه مالك في "الموطأ" ٩٢٦/٢، والبخاري في المساقاة (٢٣٥٢) باب من رأى صدقة الماء (٥٦١٢) في الأشربة - باب شرب الماء باللبن و (٥٦١٩) - باب الأمين فالأمين، ومسلم (٢٠٢٩) في الأشربة - باب استحباب إدارة الماء، وأبو داود (٣٧٢٦) في الأشربة - باب في الساقى متى يشرب، والترمذي (١٨٩٣) في الأشربة - باب أنَّ الأمين أحق، وابن ماجه (٣٤٢٥) في الأشربة - باب إذا شرب أعطى الأمين، وأحمد ١١٣/٣، وابن حبان (٥٣٣٣) و (٥٣٣٦) و (٥٣٣٧).
- وروى سفيان ومعمرو وأبو سلمة الماجشون عن الزُّهري سمعت أنساً يقول: ((قدم رسول الله ﷺ المدينة وأنا ابن عشر سنين، ومات وأنا ابن عشرين سنة، وكن أمهاتي يحثنتني على خدمته، فدخل علينا دارنا، فحل بنا له من شاة داجن، وثبنا له لبنها بماء من بئر الدار، وأبو بكر عن يمينه وعمرو وجاهه، فشرب النبي ﷺ، فقال عمرو: يا رسول الله أعط أبوك، فنأله الأعرابي، وقال: ((الأمين فالأمين))).
- أخرجه مسلم (٢٠٢٩)، وابن أبي شبة ٥٢٤/٥، وعبد البرزق في "المصنف" (١٩٥٨٢)، وأحمد ١٩٧/٣ و ٢٣١، وأبو عوانة (٨٢١٩) و (٨٢٢٠) و (٨٢٢١)، وأبو يعلى في "مسنده" (٣٥٥٢) و (٣٦٠٠)، والعقيلي في "الضعفاء" ١٢٨/٤، والبيهقي في "الكبرى" ٢٨٥/٧، وابن عبد البر في "المجمل" ١٥٢/٦ و ١٥٣.
- وروى مالك وأبو غسان عمداً بن مطرف وعبد العزيز بن أبي حازم ويعقوب القاري وعبد الله بن جعفر وفضيل بن سليمان ويوسف بن خالد وخارجة بن مصعب عن أبي حازم سلمة بن دينار عن سهل بن سعيد الساعدي ((أنَّ رسول الله ﷺ أُتي بشراب وعن يمينه غلام وعن يساره الأشياخ، فقال للغلام: أتأذن لي أن أعطي هؤلاء؟ فقال: لا والله يا رسول الله! لا أوثر بنصيبك أحداً، قال: قلَّه رسول الله ﷺ في يده)).

وإقبالا، وإشارة، ونظرا.....

بَيْنَ يَدَيْهِ كَالْمُتَعَلِّمِ بَيْنَ يَدَيْ مُعَلِّمِهِ، وَيَكُونُ بَعْدَهُمَا عَنْهُ قَنْدَرٌ ذِرَاعَيْنِ أَوْ نَحْوَهُمَا، وَلَا يُمَكِّنُهُمَا مِنَ التَّرْبِيعِ وَنَحْوِهِ، وَيَكُونُ أَعْوَانُهُ قَائِمَةً بَيْنَ يَدَيْهِ، وَأَمَّا قِيَامُ الْأَخْصَامِ بَيْنَ يَدَيْهِ فَلَيْسَ مَعْرُوفًا، وَإِنَّمَا حَدَّثَ لِمَا فِيهِ مِنَ الْحَاجَةِ إِلَيْهِ، وَالنَّاسُ مُخْتَلِفُو الْأَحْوَالِ وَالْأَدَبِ وَقَدْ حَدَّثَ فِي هَذَا الزَّمَانِ أُمُورٌ وَسُفَهَاءٌ، فَيَعْمَلُ الْقَاضِي بِمُقْتَضَى الْحَالِ، كَذَا فِي "الْفَتْح" ^(١)، يَعْنِي: فَمِنْهُمْ مَنْ لَا يَسْتَحِقُّ الْجُمُوسَ بَيْنَ يَدَيْهِ وَمِنْهُمْ مَنْ يَسْتَحِقُّ، فَيُعْطَى كُلُّ إِنْسَانٍ مَا يَسْتَحِقُّهُ. بَقِيَ مَا لَوْ كَانَ أَحَدُهُمَا يَسْتَحِقُّهُ دُونَ الْآخَرِ وَأَيُّ الْآخَرِ إِلَّا الْقِيَامَ، لَمْ أَرَ الْمَسْأَلَةَ، وَقِيَاسُ مَا فِي "الْفَتْح" أَنَّ الْقَاضِي لَا يَلْتَفِتُ إِلَيْهِ، "نَهْر" ^(٢). [٢٦٠٨١] (قوله: وإقبالا) أي نظرا، "فَهِسْتَانِي" ^(٣). والأولى تفسيره بالتوجه إليه صورة أو معنى؛ لئلا يتكرر بما بعده.

(قوله: وَلَا يُمَكِّنُهُمَا مِنَ التَّرْبِيعِ وَنَحْوِهِ) كَالْإِقْعَاءِ وَالِاحْتِبَاءِ، بَلْ يَجْثَوَانِ كَمَا فِي "الْبَرَازِيَّة".
(قوله: وَقِيَاسُ مَا فِي "الْفَتْح" أَنَّ الْقَاضِي لَا يَلْتَفِتُ إِلَيْهِ) بَلْ مُقْتَضَى مَا فِيهِ أَنَّهُ يُعْطَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا يَسْتَحِقُّهُ وَإِنْ لَمْ يَحْصُلْ إِبَاءٌ بِنَاءً عَلَى مَا فَسَّرَ بِهِ كَلَامَهُ، وَفِيهِ تَأْمُلٌ.

= أخرجه مالكٌ في "الموطأ" ٩٢٦/٢ - ٩٢٧، والبخاري (٥٦٢٠) في الأشربة - باب هل يستأذن الرجل من عن يمينه في الشرب؟، ومسلم (٢٠٣٠) في الأشربة - باب استحباب إدارة الماء باليمين، وابن حبان (٥٣٣٥)، والطبراني في "الكبير" (٥٧٦٩) و(٥٧٨٠) و(٥٨١٥) و(٥٨٩٠) و(٥٩٤٨) و(٥٩٥٧) و(٥٩٨٩) و(٦٠٠٧).
وفي حديث: وَقَدْ عبد القيس من طريق يحيى بن عبد الرحمن العَصْرِيُّ ثنا شِهَابُ بْنُ عُبَّادٍ أَنَّهُ سَمِعَ بَعْضَ وَقَدْ عبد القيس وهو يقول: (... فَتَحَلَّفَ بَعْدَ الْقَوْمِ، فَعَقَلَ رَوَاجِلَهُمْ، وَضَمَّ مَتَاعَهُمْ، ثُمَّ أَخْرَجَ غَيْبَةً فَالَقَى عَنْهُ ثِيَابَ السَّفَرِ وَلَيْسَ مِنْ صَالِحِ ثِيَابِهِ، ثُمَّ أَقْبَلَ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ وَقَدْ بَسَطَ النَّبِيُّ ﷺ رِجْلَهُ وَأَتَكَ، فَلَمَّا دَنَا مِنْهُ الْأَشْجُ أَوْسَعَ الْقَوْمُ لَهُ وَقَالُوا: هَاهُنَا يَا أَشْجُ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ وَاسْتَوَى قَاعِدًا وَقَبَضَ رِجْلَهُ: هَاهُنَا يَا أَشْجُ، فَقَعَدَ عَنْ عَيْنِ النَّبِيِّ ﷺ وَاسْتَوَى قَاعِدًا، فَرَحَّبَ بِهِ وَأَلْطَفَهُ (...)). أخرجه أحمد ٢٠٦/٤.

(١) "الفتح": كتاب أدب القاضي ٣٧٤/٦.

(٢) "النهر": كتاب القضاء ق ٤٣٠/ب.

(٣) جامع الرموز: كتاب القضاء ٢٢٢/٢.

وَيَمْتَنِعُ مِنْ^(١) مُسَارَّةِ أَحَدِهِمَا، وَالْإِشَارَةَ إِلَيْهِ، وَرَفَعَ صَوْتَهُ عَلَيْهِ، (وَالضَّحِكُ فِي وَجْهِهِ^(٢))، وَكَذَا الْقِيَامُ لَهُ بِالْأُولَى، (وَضِيافَتُهُ)، نَعَمْ لَوْ فَعَلَ ذَلِكَ مَعَهُمَا مَعاً جَازَ، "نَهْر"^(٣). (وَلَا يَمَزُحُ).....

[٢٦٠٨٢] (قَوْلُهُ: وَيَمْتَنِعُ مِنْ مُسَارَّةِ أَحَدِهِمَا) أَي: يَحْتَنِبُ التَّكَلَّمَ مَعَهُ خُفِيَةً، وَكَذَا الْقَائِمُ بَيْنَ يَدَيْهِ كَمَا فِي "الْوَلُولِجِيَّة"^(٤)، وَهُوَ الْجُلُوزُ^(٥) الَّذِي يَمْنَعُ النَّاسَ مِنَ التَّقَدُّمِ إِلَيْهِ، بَلْ يُقِيمُهُمْ بَيْنَ يَدَيْهِ عَلَى الْبُعْدِ وَمَعَهُ سَوَاطٍ، وَالشَّهَوْدُ يُقَرَّبُونَ، "نَهْر"^(٦).

[٢٦٠٨٣] (قَوْلُهُ: وَالْإِشَارَةُ إِلَيْهِ) مُسْتَدْرَكٌ بِمَا قَبْلَهُ، "ط"^(٧).

[٢٦٠٨٤] (قَوْلُهُ: وَرَفَعَ صَوْتَهُ عَلَيْهِ) يَنْبَغِي أَنْ يَسْتَنِي مَا لَوْ كَانَ بِسَبَبِ كِبَاءَةِ أَدَبٍ وَنَحْوِهِ. [٢٦٠٨٥] (قَوْلُهُ: لَوْ فَعَلَ ذَلِكَ) أَي: الضِّيَافَةُ. وَقَالَ فِي "النَّهْرِ"^(٨) أَيْضاً: ((وَقِيَاسُهُ: أَنَّهُ لَوْ سَارَّهُمَا أَوْ أَشَارَ إِلَيْهِمَا مَعاً جَازَ^(٩))).

[٢٦٠٨٦] (قَوْلُهُ: وَلَا يَمَزُحُ) أَي: يُدَاعِبُ فِي الْكَلَامِ، مِنْ بَابِ نَفَعَ.

(قَوْلُهُ: وَقِيَاسُهُ: أَنَّهُ لَوْ سَارَّهُمَا أَوْ أَشَارَ إِلَيْهِمَا مَعاً جَازَ) فِيهِ: أَنَّ الْإِشَارَةَ لَا تَنْحَصِرُ فِي كَيْفِيَّةٍ وَاحِدَةٍ، وَقَدْ يَتَوَهَّمُ أَحَدُهُمَا مِنَ الْإِشَارَةِ لِصَاحِبِهِ مَا لَا يَتَوَهَّمُ الْآخَرُ، وَكَذَا الْمُسَارَّةُ بِالْأُولَى. نَعَمْ لَوْ سَارَّهُمَا مَعاً انْتَفَى الْوَهْمُ. اهـ "سِنْدِي".

(١) فِي "د" وَ"و": ((عَنْ)).

(٢) فِي "ط": ((وَجْه)).

(٣) "النَّهْر": كِتَابُ الْقَضَاءِ ق ٤٣٠/ب.

(٤) "الْوَلُولِجِيَّة": كِتَابُ الْقَضَاءِ - الْفَصْلُ الْأَوَّلُ فِيمَا يَنْفَذُ قَضَاءُ الْقَاضِي وَفِيمَا لَا يَنْفَذُ الْخ ٣٦/٤.

(٥) الْجُلُوزُ: الشَّرْطِيُّ. انْظُرِ "اللسان" وَ"الصَّحَاح" وَ"الْقَامُوس": مَادَّةُ ((جَز)).

(٦) "النَّهْر": كِتَابُ الْقَضَاءِ ق ٤٣٠/ب وَفِيهِ: ((الْجُلُوزُ)) بَدَلُ ((الْجُلُوزِ))، وَهُوَ تَحْرِيفٌ.

(٧) "ط": كِتَابُ الْقَضَاءِ ١٨٤/٣.

(٨) "النَّهْر": كِتَابُ الْقَضَاءِ ق ٤٣٠/ب.

(٩) فِي "م": ((جَا))، وَهُوَ خَطَأٌ.

في مجلس الحكم (مطلقاً) ولو لغيرهما؛ لذهابه بمهايته. (ولا يُلْقَنُهُ حُجَّتُهُ) وعن "الثاني": لا بأس به، "عيني". (ولا) يُلْقَنُ (الشَّاهِدُ شهادته)، واستحسنه "أبو يوسف" فيما لا يستفيد به زيادة علم، والفتوى على قوله فيما يتعلق بالقضاء؛

[٢٦٠٨٧] (قوله: في مجلس الحكم) أما في غيره فلا يُكثَرُ منه؛ لأنه يذهب بالمهاية، "بحر"^(١). [٢٦٠٨٨] (قوله: "عيني") عبارته^(٢): ((وعن "الثاني" في رواية و"الشافعي"^(٣) في وجه: لا بأس بتلقين الحجة)) اهـ. وظاهره ضعفها، بل ظاهر "الفتح"^(٤) أن هذا في تلقين الشاهد لا الخصم كما يأتي^(٥). نعم، في "البحر"^(٦) عن "الحاتية"^(٧): ((ولو أمر القاضي رجلين ليعلماه الدعوى والخصومة فلا بأس به خصوصاً على قول "أبي يوسف")).

[٢٦٠٨٩] (قوله: واستحسنه "أبو يوسف") قال في "الفتح"^(٨): ((وعن "أبي يوسف" - وهو وجه لـ "الشافعي" -: لا بأس به لمن استولته الحيرة أو الهيبة فترك شيئاً من شرائط الشهادة، فعيّنه بقوله: أتشهد بكذا وكذا بشرط كونه في غير موضع التهمة، أما فيها بأن ادعى المدعي ألفاً وخمسمائة، والمدعى عليه ينكر الخمسمائة وشهد الشاهد بألف، فيقول القاضي:

(قوله: أما فيها بأن ادعى المدعي ألفاً وخمسمائة، والمدعى عليه ينكر الخمسمائة، وشهد الشاهد بألف، فيقول القاضي إلخ) كذا عبارة "الفتح"، ولا يظهر تصوير المسألة بما قاله^(٩)، وإنما يظهر بما إذا ادعى ألفاً والشاهد يشهد بألف وخمسمائة، فقال القاضي: يُحتمل أنه أبرأه إلخ.

(١) "البحر": كتاب القضاء - فصل في التقليد ٣٠٧/٦.

(٢) "رمز الحقائق": كتاب القضاء ٨٦/٢.

(٣) انظر "البيان شرح المذهب": كتاب الأقضية - باب صفة القضاء ٨٦/١٣، وهو قول الاصطحري، والقول الثاني هو المنع عندهم.

(٤) "الفتح": كتاب أدب القاضي ٣٧٤/٦.

(٥) في المقولة الآتية.

(٦) "البحر": كتاب القضاء - فصل في التقليد ٣٠٧/٦.

(٧) "الحاتية": كتاب الشهادات - باب فمن لا تجوز شهادتهم - فصل فمن لا تقبل شهادته للتهمته ٤٦٩/٢ باحتمار (هامش الفتاوى الهندية).

(٨) "الفتح": كتاب أدب القاضي ٣٧٤/٦ - ٣٧٥.

(٩) نقول: بل يظهر تصوير المسألة بما قاله صاحب "الفتح"، فإن الخمسمائة تكوّن محل النزاع، ويكون تلقين القاضي الشاهد تلقيناً يستفاد به زيادة علم في موضع التهمة، على أن ما قاله صاحب "الفتح" في تصوير المسألة هو ما في "الغنية" ٣٧٤/٦، وعليه فلا يتجه ما أورده الرافعي رحمه الله على صاحب "الفتح" في صورة المسألة، والله تعالى أعلم.

لزيادة تجربته، "بزازية"^(١). في "الولوالجية"^(٢): ((حُكِيَ أَنَّ "أبا يوسف" وقت موته قال: اللَّهُمَّ إِنَّكَ تَعْلَمُ أَنِّي لَمْ أَمِلْ إِلَى أَحَدٍ الْخَصْمِينَ.....

يُحْتَمَلُ أَنَّهُ إِبْرَاهِيمُ^(٣) مِنَ الْخَمْسَمَائَةِ، وَاسْتَفَادَ الشَّاهِدُ بِذَلِكَ عِلْمًا، فَوَقَّعَ بِهِ فِي شَهَادَتِهِ كَمَا وَفَّقَ الْقَاضِي، فَهَذَا لَا يَجُوزُ بِالْإِتِّفَاقِ كَمَا فِي تَلْقِينِ أَحَدِ الْخَصْمِينَ)) اهـ، ثُمَّ ذَكَرَ^(٤): ((أَنَّ ظَاهِرَ "الهداية" ترجيحُ قول "أبي يوسف") اهـ. وحكايةُ الروايةِ في تَلْقِينِ الشَّاهِدِ^(٥) والِإِتِّفَاقِ فِي تَلْقِينِ أَحَدِ الْخَصْمِينَ يَنْفِي مَا مَرَّ^(٦) عَنِ "العيني"، تَأْمَلْ.

[مطلب في تولي محمد بن الحسن القضاء]

[٢٦٠٩٠] (قوله: لزيادة تجربته) قدّمنا^(٧) عَنِ "الكفاية": ((أَنَّ "مُحَمَّدًا" تَوَلَّى الْقَضَاءَ أَيْضًا))، وَذَكَرَ "عبد القادر" فِي "طَبَقَاتِهِ"^(٨): ((أَنَّ "الرَّشِيدَ" وَلَاهُ قَضَاءَ الرُّقْعَةِ، ثُمَّ عَزَلَهُ وَوَلَاهُ قَضَاءَ الرُّيِّ)) اهـ. وَالظَّاهِرُ أَنَّ مَدَّةَ لَمْ تَطُلْ، وَلِذَا لَمْ يَشْتَهَرْ بِالْقَضَاءِ كَمَا اشْتَهَرَ "أَبُو يُوسُفَ"، فَلَمْ يَحْصُلْ لَهُ مِنَ التَّجَرِبَةِ مَا حَصَلَ لـ "أَبِي يُوسُفَ"؛ لِأَنَّهُ كَانَ قَاضِي الْمَشْرِقِ وَالْمَغْرِبِ، وَزِيَادَةُ التَّجَرِبَةِ تُفِيدُ زِيَادَةَ عِلْمٍ. قَالَ "الْحَمَوِيُّ"^(٩): ((قَالَ "مُجَدُّ الْأَثَمَةِ التَّرْجَمَانِيُّ"^(١٠)): وَالَّذِي يُؤَيِّدُهُ مَا ذَكَرَهُ فِي "الْفَتَاوَى"^(١١)): أَنَّ "أَبَا حَنِيفَةَ" كَانَ يَقُولُ: الصَّدَقَةُ أَفْضَلُ مِنْ حَجِّ النَّطْوُعِ، [٢٠٤ق/٣] فَلَمَّا حَجَّ وَعَرَفَ مَشَاقَّهُ رَجَعَ وَقَالَ: الْحَجُّ أَفْضَلُ)) اهـ.

٣١٢/٤

(١) "البزازية": كتاب أدب القاضي - الفصل الأول في التقليد ١٣٤/٥ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) "الولوالجية": كتاب القضاء - الفصل الأول فيما ينفذ قضاء القاضي وفيما لا ينفذ إلخ ٢٦/٤.

(٣) في "ب" و"م": ((أبراهيم)).

(٤) "الفتح": كتاب أدب القاضي ٣٧٥/٦.

(٥) في "٣": ((تلقين شهادة الشاهد)).

(٦) في المقولة السابقة.

(٧) المقولة [٢٦٠٣٥] قوله: ((والترك عزيمة إلخ)).

(٨) "الجواهر المضنية": ١٢٥/٣.

(٩) "عمر عيون البصائر": الفن الثاني: الفتاوى - كتاب الحج ٨٣/٢.

(١٠) نقول: لم يصرح الحموي به، بل قال: ((بعض الفضلاء))، والترجماني متقدم على صاحب "الفتاوى البزازية"، فلعلة سبق قلم من ابن عابدين رحمه الله.

(١١) عبارة الحموي: ((البزازي في "جامعه")). وانظر "الفتاوى البزازية": كتاب الحج ١٠٧/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

حَتَّى بِالْقَلْبِ^(١) إِلَّا فِي خُصُومَةٍ نَصْرَانِيٍّ مَعَ "الرَّشِيدِ" لَمْ أُسَوِّ بَيْنَهُمَا، وَقَضَيْتُ عَلَى الرَّشِيدِ، ثُمَّ بَكَى)) اهـ. قلتُ: ومُفَادُهُ: أَنَّ الْقَاضِيَّ يَقْضِي عَلَى مَنْ وَلَاهُ،.....

[٢٦٠٩١] (قوله: حَتَّى بِالْقَلْبِ) أي: لَمْ يَحْصُلْ مِنْهُ مِثْلُ قَلْبِهِ إِلَى عَدَمِ التَّسْوِيَةِ بَيْنَ الْخُصْمَيْنِ بِقَرِينَةِ الْإِسْتِثْنَاءِ.

[٢٦٠٩٢] (قوله: قلتُ: ومُفَادُهُ الْإِنْخ) قَالَ فِي "الْفَتْح"^(٢): ((وَالدَّلِيلُ عَلَيْهِ قَضِيَّةُ "شُرَيْحٍ" مَعَ "عَلِيٍّ"، فَإِنَّهُ قَامَ وَأَجْلَسَ "عَلِيًّا" مَجْلِسَهُ^(٣)) اهـ.

(١) فِي "د": ((فِي الْقَلْبِ)).

(٢) "الْفَتْح": كِتَابُ أَدَبِ الْقَاضِي ٣٧٤/٦، وَعِبَارَتُهُ: ((وَالدَّلِيلُ عَلَيْهِ قِصَّةُ شُرَيْحٍ)).

(٣) رَوَى إِبْرَاهِيمُ بْنُ حَبِيبٍ وَأُسَيْدُ الْجَمَالُ ثَنَا عُمَرُو بْنُ شُعْرٍ عَنْ جَابِرِ الْجُعْفِيِّ عَنِ الشَّعْبِيِّ قَالَ: ((خَرَجَ عَلَيَّ بَنُ أَبِي طَالِبٍ إِلَى السُّوقِ، فَإِذَا هُوَ بِنَصْرَانِيٍّ يَبِيعُ دِرْعًا، قَالَ: فَعَرَفْتُ عَلِيَّ الدَّرْعَ، فَقَالَ: هَذِهِ دِرْعِي، بَنِي وَبَيْتَكَ قَاضِي الْمُسْلِمِينَ، قَالَ: وَكَانَ قَاضِي الْمُسْلِمِينَ شُرَيْحٌ كَانَ عَلَيٌّ اسْتَقْضَاهُ، قَالَ: فَلَمَّا رَأَى شُرَيْحٌ أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ قَامَ مِنْ مَجْلِسِ الْقَضَاءِ وَأَجْلَسَ عَلِيًّا فِي مَجْلِسِهِ، وَجَلَسَ شُرَيْحٌ قِامَتَهُ إِلَى جَنْبِ النَّصْرَانِيِّ، فَقَالَ لَهُ عَلِيٌّ: أَمَّا يَا شُرَيْحُ لَوْ كَانَ خُصْمِي مُسْلِمًا لَقَعَدْتُ مَعَهُ مَجْلِسَ الْخُصْمِ، وَلَكِنِّي سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ: «لَا تُصَافِحُوهُمْ، وَلَا تَبْدُوهُمْ بِالسَّلَامِ، وَلَا تَعُودُوا مَرْضَاهُمْ، وَلَا تَصَلُّوا عَلَيْهِمْ، وَأَلْجُوهُمْ إِلَى مَضَائِقِ الطَّرِيقِ، وَصَغِّرُوهُمْ كَمَا صَغَّرَهُمُ اللَّهُ»، أَقْضَى بَيْنِي وَبَيْنَهُ يَا شُرَيْحُ، فَقَالَ شُرَيْحٌ: تَقُولُ يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ، قَالَ: فَقَالَ عَلِيٌّ: هَذِهِ دِرْعِي ذَهَبَتْ مِنِّي مِنْذُ زَمَانٍ، قَالَ: فَقَالَ شُرَيْحٌ: مَا تَقُولُ يَا نَصْرَانِيٍّ، قَالَ: فَقَالَ النَّصْرَانِيُّ: مَا أَكْذَبَ أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ، الدَّرْعُ هِيَ دِرْعِي، قَالَ: فَقَالَ شُرَيْحٌ: مَا أَرَى أَنَّ تَخْرُجَ مِنْ يَدِهِ، فَهَلْ مِنْ بَيْتٍ؟ فَقَالَ عَلِيٌّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: صَدَقَ شُرَيْحٌ، قَالَ: فَقَالَ النَّصْرَانِيُّ: أَمَّا أَنَا أَشْهَدُ أَنَّ هَذَا أَحْكَامُ الْأَنْبِيَاءِ، أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ يَجِيءُ إِلَى قَاضِيهِ وَقَاضِيهِ يَقْضِي عَلَيْهِ، هِيَ وَاللَّهُ يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ دِرْعُكَ، أَتَبْعُكَ مِنَ الْجَيْشِ وَقَدْ زَالَتْ عَنْ جَمَلِكَ الْأُورُوقُ فَأَخَذْتُهَا، فَإِنِّي أَشْهَدُ أَنَّ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ وَأَنَّ مُحَمَّدًا رَسُولُ اللَّهِ، قَالَ: فَقَالَ عَلِيٌّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: أَمَّا إِذَا أَسْلَمْتُ فَهِيَ لَكَ، وَحَمَلَهُ عَلَى فَرَسٍ عَتِيقٍ)). قَالَ: فَقَالَ الشَّعْبِيُّ: لَقَدْ رَأَيْتُهُ يِقَاتِلُ الْمُشْرِكِينَ)). وَفِي رَوَايَةٍ قَالَ: (... يَا شُرَيْحُ لَوْلَا أَنَّ خُصْمِي نَصْرَانِيٍّ لَجِئْتُ بَيْنَ يَدَيْكَ (...)) وَقَالَ فِي آخِرِهِ: ((قَالَ: فَوَهَبَهَا عَلِيٌّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ لَهُ، وَفَرَضَ لَهُ الْغَنِينَ، وَأَصِيبَ مَعَهُ يَوْمَ صَفِّينَ (...)). وَرَوَى مِنْ وَجْهِ آخَرٍ أَيْضًا ضَعِيفٌ عَنِ الْأَعْمَشِ عَنْ إِبْرَاهِيمَ التَّيْمِيِّ.

أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ فِي "الْكَبَرَى" ١٣٦/١٠ - وَعَنْهُ ابْنُ عَسَاكَرٍ فِي "تَارِيخِ دِمَشْقَ" ٢٣/٢٣ - ٢٤.

وعُمَرُو بْنُ شُعْرٍ الْجُعْفِيُّ الْكُرْفِيُّ: قَالَ يَحْيَى بْنُ مَعِينٍ: لَيْسَ بِشَيْءٍ، وَقَالَ الْبَخَارِيُّ: مُكْرَهٌ الْحَدِيثِ، وَقَالَ النَّسَائِيُّ وَالتَّارِقُ ظَلَمِيٌّ: مَتْرُوكُ الْحَدِيثِ، وَقَالَ الْحَوْزَجَانِيُّ: زَائِعٌ كِتَابٌ، وَقَالَ السُّلَيْمَانِيُّ: كَانَ عُمَرُو يَضَعُ عَلَى الرُّوَافِضِ. -

وفي "الملتقى" ^(١): ((وَيَصِحُّ لِمَنْ وَلَّاهُ وَعَلَيْهِ))، وسيجيء.

(فروغ)

في "البدائع" ^(٢): ((من جملة أدب القاضي أَنَّهُ لَا يُكَلِّمُ أَحَدَ الخصمين بلسان لا يَعْرِفُهُ الآخَرُ)). وفي "التتارخانية": ((والأحوط أَنْ يَقُولَ للخصمين: أَحْكُمْ بَيْنَكُمَا؟ حَتَّى إِذَا كَانَ فِي التَّقْلِيدِ حَلَلٌ يَصِيرُ حَكَمًا بِتَحْكِيمِهِمَا)). قَضَى بِحَقِّ، ثُمَّ أَمَرَهُ السُّلْطَانُ بِالِاسْتِنَافِ. مَحْضَرٌ مِنَ الْعُلَمَاءِ لَمْ يَلْزِمُهُ، "بِزَايَةِ" ^(٣).

[٢٦٠٩٣] (قوله: وسيجيء) أي: في آخر باب كتاب القاضي ^(٤).

[٢٦٠٩٤] (قوله: بلسان لا يعرفه الآخر) لأنه كالمسارعة.

[٢٦٠٩٥] (قوله: أحكم بينكما) أي: ويقولان: نعم احكم بيننا.

[٢٦٠٩٦] (قوله: لم يلزمه) أفاد أنه لو استأنف براءة لعرضه لا بأس به.

وجابر بن يزيد الجعفي: متروك عند أكثر العلماء، وأجاز بعضهم الرواية عنه على ضعفه.

وروى سعيد بن منصور ثنا هُشَيْمٌ ثنا سَيَّارٌ ثنا الشَّعْبِيُّ قال: كان بين عمر بن الخطاب وبين أبي بن كعب رضي الله عنهما تدارؤٌ في شيء، وأدعى أبي على عمر رضي الله عنهما فأُنْكَرَ ذلك، فحَمَلَا بينهما زيد بن ثابت، فأُتِيَاهُ في منزله، فلمَّا دَخَلَا عَلَيْهِ قَالَ لَهُ عُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: أَتَيْنَاكَ لِنَحْكُمَ بَيْنَنَا، وَفِي بَيْتِهِ يُؤْتَى الْحُكْمَ، فَوَسَّعَ لَهُ زَيْدٌ عَنْ صَدْرِ فَرَّاشِهِ، فَقَالَ: هَاهُنَا يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ، فَقَالَ لَهُ عُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: لَقَدْ جُرْتُ فِي الْفِتْيَا وَلَكِنْ أَجْلَسْتُ مَعَ خَصْمِي، فَجَلَسَا بَيْنَ يَدَيْهِ، فَأَدْعَى أَبُوهُ وَأُنْكَرَ عُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، فَقَالَ زَيْدٌ لِأَبِي: أَغْفِرْ أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ مِنَ الْيَمِينِ وَمَا كُنْتُ لِأَسْأَلَهَا لِأَحَدٍ غَيْرِهِ، فَحَلَفَ عُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، ثُمَّ أَقْسَمَ لَا يَدْرِكُ زَيْدٌ بِنِثَابِ الْقَضَاءِ حَتَّى يَكُونَ عُمَرُ وَرَجُلٌ مِنْ غُرَضِ الْمُسْلِمِينَ عِنْدَهُ سَوَاءً.

أخرجه البيهقي في "الكبرى" ١٣٦/١٠ و ١٤٤ و ١٤٥.

وروى أبو معاوية عن الأعمش عن ثُمَمٍ بن سَلَمَةَ قال: جاء ابن أبي عَصِيْبٍ إِلَى شَرِيحٍ يُحَاصِمُ رَجُلًا فَحَلَسَ مَعَهُ عَلَى الطُّنْقَسِ، فَقَالَ لَهُ: قُمْ فَاجْلِسْ مَعَ خَصْمِكَ فَإِنَّ مَجْلِسَكَ يَرِيهِ، فَغَضِبَ ابْنُ أَبِي عَصِيْبٍ، فَقَالَ لَهُ شَرِيحٌ: قُمْ فَاجْلِسْ مَعَ خَصْمِكَ، إِنِّي لَا أَدْعُ النُّصْرَةَ وَأَنَا عَلَيْهَا لِقَادَرٌ. أخرجه البيهقي في "الكبرى" ١٣٦/١٠.

(١) "ملتقى الأبحر": كتاب القضاء - فصل: ولو حكم الخصمان إلخ ٧٨/٢.

(٢) "البدائع": كتاب آداب القاضي - فصل: وأما آداب القضاء فكثيرة ٩/٧.

(٣) "البزاية": كتاب أدب القاضي - الفصل الأول في التقليد ١٣٦/٥ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) ص ٥٨٣ - وما بعدها "در".

طَلَبَ الْمُقْضِيَّ عَلَيْهِ نُسْخَةَ السَّجَلِ مِنَ الْمُقْضِيِّ لَهُ لِيَعْرِضَهُ عَلَى الْعُلَمَاءِ أَهْوَ صَحِيحٌ أَمْ لَا، فَاِمْتَنَعَ، أَلَزَمَهُ الْقَاضِي بِذَلِكَ، "جواهر الفتاوى" (١). وفي "الفتح": ((متى أمكن إقامة الحق بلا إغفار صدور كان أولى)). وهل يقبل قصص الخصوم؟

[٢٦٠٩٧] (قوله: نُسْخَةَ السَّجَلِ) أي: كتاب القاضي الذي فيه حكمه، المسمى الآن بالحُجَّة. [٢٦٠٩٨] (قوله: أَلَزَمَهُ الْقَاضِي بِذَلِكَ) الظاهر: أنَّ الإشارة للعرض على العلماء؛ لأنَّ السَّجَل - أي: الحُجَّة - لو كان ملكه لا يلزمه دفعه للمقضي عليه، تأمل. [٢٦٠٩٩] (قوله: وفي "الفتح" إلخ) حيث قال (٢): ((وفي "المبسوط" (٣) ما حاصله: أنَّه ينبغي للقاضي أن يعتذر للمقضي عليه ويبين له وجه قضائه، ويبين له أنَّه فهم حُجَّتَهُ ولكنَّ الحكم في الشرع كذا يقتضي القضاء عليه، فلم يمكن غيره ليكون ذلك أدفع لشكايتِهِ للناس ونسبته إلى أنه جارٍ عليه، ومَنْ يَسْمَعُ يَحِلُّ (٤)، فربما تفسد العامة عرضه وهو بريء، وإذا أمكن إقامة الحق مع عدم إغفار الصدور كان أولى)) اهـ. وفي "الصَّحاح" (٥): ((الْوَعْرُ (٦): شِدَّةُ تَوَقُّدِ الْحَرِّ، ومنه قيل: في صدره عليّ وعْرٌ - بالتسكين - أي: ضِعْفٌ وعداوةٌ وتوقُّدٌ مِنَ الْغَيْظِ)).

[٢٦١٠٠] (قوله: قَصَصَ الْخُصُومَ) جمع قَصَّةٍ وهي - بالفتح -: الْجَسَّةُ، والمراد بها (٧) هنا

(١) "جواهر الفتاوى" لأبي بكر الكُرْمَانِي (ت ٥٦٥هـ)، وتقدمت ترجمته ٦٩٩/١.

(٢) "الفتح": كتاب أدب القاضي ٣٧١/٦.

(٣) "المبسوط": كتاب آداب القاضي - باب كتاب القاضي إلى القاضي ١٠٨/١٦.

(٤) أي: ومن يسمع المقضي عليه يشكو الجور يحسب الشكوى صحيحة.

(٥) "الصَّحاح": مادة ((وعر)).

(٦) نقول: الذي في النسخ جميعها: ((الْوَعْرُ)) دون تاء مربوطة، وما أثبتناه من المعجمات بالتاء المربوطة هو الصواب؛ إذ ليس فيها ((الْوَعْرُ)) بمعنى شِدَّةُ تَوَقُّدِ الْحَرِّ.

(٧) في "الأصل": ((٩)).

إِنْ جَلَسَ لِلْقَضَاءِ لَا، وَإِلَّا أَخَذَهَا، وَلَا يَأْخُذُ بِمَا فِيهَا إِلَّا إِذَا أَقْرَأَ بِلَفْظِهِ صَرِيحاً^(١).

ورَقَّةٌ يَكْتُبُ فِيهَا قِصَّتَهُ^(٢) مَعَ خَصْمِهِ، وَيُسَمَّى الْآنَ: عَرْضَ حَالٍ.

[٢٦١٠١] (قَوْلُهُ: لَا) أَي: لِأَنَّ كَلَامَهُ بِلِسَانِهِ أَحْسَنُ مِنْ كِتَابَتِهِ.

[٢٦١٠٢] (قَوْلُهُ: وَلَا يَأْخُذُ بِمَا فِيهَا) عِبَارَةٌ غَيْرُهُ^(٣): ((وَلَا يُؤَاخِذُ))، أَي: لَا يُؤَاخِذُ

صَاحِبَهَا بِمَا كَتَبَهُ فِيهَا مِنْ إِقْرَارٍ وَنَحْوِهِ مَا لَمْ يُقَرَّرْ بِذَلِكَ صَرِيحاً، لِأَنَّهُ لَا عِبْرَةَ بِمَجَرَّدِ الْخَطِّ، فَافْهَمُوا، وَاللَّهُ سَبْحَانَهُ أَعْلَمُ.

(١) ذكر صاحب "البحر" المسألة نقلاً عن "الصدر الشهيد"، انظر "البحر" ٣٠٤/٦.

(٢) في "ب" و"م": ((قِصَّتُهُ)).

(٣) هي عبارة الصدر الشهيد، كما في "البحر" ٣٠٤/٦، ونقلها عنه "ط" ١٨٥/٣.

﴿فصل في الحبس﴾

هو مشروع بقوله تعالى: ﴿أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ﴾ [المائدة: ٣٣]، وحس عليه الصلاة والسلام رجلاً بالتهمة في المسجد*

﴿فصل في الحبس﴾

هو من أحكام القضاء، إلا أنه لما اختص بأحكام كثيرة أفردته بفصل على حدة، نهر^(١). وهو لغة: المنع، مصدر حبس ك: ضرب، ثم أطلق على الموضع، وترجم "المصنف"^(٢) له، وزاد فيه مسائل أخر من أحكام القضاء ذكرها في "الهداية"^(٣) في فصل على حدة، فكان الأولى أن يقول: في الحبس وغيره، كما قال في باب: كتاب القاضي إلى القاضي وغيره. [٢٦١٠٣] (قوله: هو مشروع (الخ) أراد أنه مشروع بالكتاب والسنة، زاد "الزيلعي"^(٤): ((والإجماع؛ لأن الصحابة رضي الله تعالى عنهم أجمعوا عليه)). [٢٦١٠٤] (قوله: ﴿أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ﴾) فإن المراد بالنفي الحبس كما تقدم^(٥) في قطع الطريق. اهـ "ح"^(٦).

(١) "النهر": كتاب القضاء - فصل في الحبس ق ٤٣١/أ.

(٢) "المنع": كتاب القضاء - فصل في الحبس ٥٥٥/ب.

(٣) "الهداية": كتاب أدب القاضي - فصل آخر ١٠٧/٣.

(٤) "تبيين الحقائق": كتاب القضاء - فصل في الحبس ١٧٩/٤.

(٥) ٤٠٣/١٢ "در".

(٦) "ح": كتاب القضاء - فصل في الحبس ق ٣٠٧/أ.

★ روى عبد الرزاق وهشام بن يوسف وابن المبارك عن معمر بن بهز بن حكيم عن أبيه عن جده معاوية بن حيدة رضي الله عنه (أن النبي ﷺ حبس رجلاً في تهمة)). زاد أحمد بن يوسف عن عبد الرزاق: ((ساعة من نهار)). وزاد علي بن سفيان ويوسف بن عدي عن ابن المبارك: ((فكلم فيه فخلّى سبيله)).

أخرجه أبو داود (٣٦٣٠) في القضاء - باب في الحبس في الدين وغيره، والترمذي (١٤١٧) في الذيات، وقال: حديث بهز عن أبيه عن جده حديث حسن، وقد روى إسماعيل بن إبراهيم عن بهز بن حكيم هذا الحديث أنهم من هذا وأطول. والنسائي في "الحجتي" ٦٧/٨، و"الكبرى" (٧٣٦٢) في قطع السارق - باب امتحان السارق بالضرب والحبس، =

= والعُقَيْلِيُّ فِي "الضُّعْفَاء" ٥٢/١، وَالطَّبْرَانِيُّ فِي "الكَبِير" ١٩/ (٩٩٨)، وَ"الْأَوْسَط" (١٥٤)، وَابْنُ عَبْدِ ٦٦/٢ ٦٧، وَالْحَاكِمُ فِي "المُسْتَدْرَك" ١٠٢/٤، وَقَالَ: صَحِيحُ الْإِسْنَاد، وَلَمْ يُخْرِجَاهُ. قَالَ الطَّبْرَانِيُّ: لَمْ يَرَوْهُ هَذَا الْحَدِيثُ عَنْ بُهْزٍ إِلَّا مَعْمَرٌ. وَقَالَ التِّرْمِذِيُّ فِي "عِلَلِهِ الْكَبِير" كَمَا فِي "تَرْتِيبِهِ" (٢٣٩): سَأَلْتُهُ [مُحَمَّدُ الْبَحَارِيُّ] عَنْ حَدِيثِ بُهْزٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ جَدِّهِ فِي هَذَا الْبَابِ فَقَالَ: قَدْ رَوَى هِشَامُ بْنُ يُوسُفَ عَنْ مَعْمَرٍ بِطَوِيلٍ مِثْلَ مَا رَوَى إِسْمَاعِيلُ بْنُ عَلِيٍّ عَنْ بُهْزٍ عَنْ حَكِيمٍ. وَرَوَاهُ عَبْدُ الرَّزَّاقِ وَإِسْمَاعِيلُ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ مَعْمَرٍ عَنْ بُهْزٍ عَنْ حَكِيمٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ جَدِّهِ قَالَ: ((أَخَذْتُ النَّبِيَّ ﷺ نَاسًا مِنْ قَوْمِي فِي نَهْمَةٍ، فَجَاءَ رَجُلٌ مِنْ قَوْمِي إِلَى النَّبِيِّ ﷺ، وَهُوَ يَخْطُبُ فَقَالَ: يَا مُحَمَّدُ! عَلَامَ تَحْسِبُ حَبِيرَتِي؟ فَصَمَتِ النَّبِيُّ ﷺ، فَقَالَ: إِنَّ أَنَسًا يَقُولُونَ: إِنَّكَ نَتَهَى عَنِ الشَّيْءِ وَتَسْتَخْلِي بِهِ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: مَا تَقُولُ؟ فَجَعَلْتُ أَعْرَضُ بَيْنَهُمَا بِكَلَامٍ مُخَافَةٍ أَنْ يَسْمَعَهَا، فِدَعَوْهُ عَلَى قَوْمِي دَعْوَةً لَا يُفْلِحُونَ بَعْدَهَا، فَلَمْ يَزَلِ النَّبِيُّ ﷺ حَتَّى فَهِمْتُهَا، قَالَ: ((قَدْ قَالُوهَا - أَوْ قَالَ: قَالَهَا - وَاللَّهِ لَوْ فَعَلْتُ لَكَانَ عَلَيَّ وَمَا كَانَ عَلَيْهِمْ، خَلُّوا لَهُ عَنْ حَبِيرَانِهِ)).

أَخْرَجَهُ عَبْدُ الرَّزَّاقِ فِي "المُصَنَّف" (١٨٨٩١) - وَعَنْهُ أَحْمَدُ ٢/٥، وَالطَّبْرَانِيُّ فِي "الكَبِير" ١٩/ (٩٩٦) وَ(٩٩٧)، وَالْحَاكِمُ فِي "المُسْتَدْرَك" ١٠٢/١.

وَرَوَاهُ إِسْمَاعِيلُ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ بُهْزٍ عَنْ حَكِيمٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ جَدِّهِ ((أَنَّ أَبَاهُ أَوْ عَمَّهُ قَامَ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ فَقَالَ: حَبِيرَانِي بِمَ أَتَيْتُو؟ فَأَعْرَضَ عَنْهُ ...)).

أَخْرَجَهُ أَحْمَدُ ٢/٥، وَأَبُو دَاوُدَ (٣٦١٣)، وَالطَّبْرَانِيُّ فِي "الكَبِير" ١٩/ (٩٩٧)، وَأَبُو الشَّيْخِ فِي "أَخْلَاقِ النَّبِيِّ" (٤١). وَرَوَاهُ حَمَّادُ بْنُ سَلَمَةَ أَخْبَرَنَا أَبُو قَرْعَةَ سُؤَيْدُ بْنُ حُجَيْرٍ الْبَاهِلِيُّ عَنْ حَكِيمٍ عَنْ مَعَاوِيَةَ عَنْ أَبِيهِ ((أَنَّ أَبَاهُ مَالِكًا قَالَ: يَا مَعَاوِيَةَ، إِنَّ مُحَمَّدًا أَخَذَ حَبِيرَانِي، فَانْطَلِقُ إِلَيْهِ، فَإِنَّهُ قَدْ عَرَفَكَ وَكَلَّمَكَ. قَالَ: فَانْطَلَقْتُ مَعَهُ، فَقَالَ: دَعُ لِي حَبِيرَانِي، فَإِنَّهُمْ قَدْ كَانُوا أَسْلَمُوا فَأَعْرَضَ عَنْهُ، فَقَامَ مُمْتَبِعًا، فَقَالَ: أَمَا وَاللَّهِ لَنْسَ فَعَلْتُ، إِنَّ النَّاسَ لَيَزْعُمُونَ أَنَّكَ تَأْتُرُ بِالْأَمْرِ، وَتُخَالِفُ إِلَى غَيْرِهِ وَجَعَلْتُ أَجْرَهُ وَهُوَ يَنْكُلُ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: ((مَا يَقُولُ؟)) فَقَالُوا: إِنَّكَ وَاللَّهِ لَنْسَ فَعَلْتَ ذَلِكَ، إِنَّ النَّاسَ لَيَزْعُمُونَ أَنَّكَ لَتَأْتُرُ بِالْأَمْرِ، وَتُخَالِفُ إِلَى غَيْرِهِ ...)). أَخْرَجَهُ أَحْمَدُ ٤٤٧/٤، وَالْحَاكِمُ ٦٤٢/٣.

وَبُهْزُ بْنُ حَكِيمٍ: قَالَ ابْنُ مَعِينٍ: ثَقَّةٌ. وَقَالَ أَيْضًا: إِسْنَادٌ صَحِيحٌ، إِذَا كَانَ دُونَ بُهْزٍ ثَقَّةً. وَقَالَ ابْنُ الْمَدِينِيِّ وَالنَّسَائِيُّ وَالتِّرْمِذِيُّ وَابْنُ الْحَارِثِ: ثَقَّةٌ. وَقَالَ أَبُو حَاتِمٍ: شَيْخٌ يَكُتُبُ حَدِيثَهُ وَلَا يَتَّخِذُ بِهِ، وَقَالَ أَبُو زُرْعَةَ: صَالِحٌ، وَلَكِنْ لَيْسَ بِالمَشْهُور. وَقَالَ ابْنُ عَبْدِ رَوَى عَنْهُ ثَقَاتُ النَّاسِ كَأَبِي هُرَيْرَةَ رَوَى عَنْهُ حَدِيثَيْنِ، ثُمَّ قَالَ: وَلَمْ أَرْ لَهُ حَدِيثًا مُتَكَرِّرًا، وَأَرَجُو أَنَّهُ إِذَا حَدَّثَ عَنْهُ ثَقَّةٌ فَلَا بَأْسَ بِحَدِيثِهِ.

وَرَوَاهُ أَبُو مَعْمَرٍ إِسْمَاعِيلُ بْنُ إِبْرَاهِيمَ وَزِيَادُ بْنُ أَبِي بَرٍّ وَمُحَمَّدُ بْنُ إِسْحَاقَ الْبَلَّخِيُّ عَنْ إِبْرَاهِيمَ بْنِ خُثَيْمٍ حَدَّثَنِي أَبِي عَنْ جَدِّي عِرَاقِ بْنِ مَالِكٍ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ ((أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ حَسِبَ رَجُلًا فِي نَهْمَةٍ يَوْمًا وَلَيْلَةً اسْتَظْهَارًا وَاحْتِطَاءً)). وَقَالَ مَرَّةً: ((أَخَذْتُ مِنْ مَنَّهُمْ كَفِيلًا نَتِيبًا وَاحْتِطَاءً)).

أَخْرَجَهُ الْبَزَّازُ كَمَا فِي "كَشَفِ الْأَسْتَار" (١٣٦٠)، وَأَبُو يَعْقَى كَمَا فِي "نَسَبِ الرِّبَابَةِ" ٣١٠/٣ - ٣١١، وَالْعُقَيْلِيُّ فِي "الضُّعْفَاء" ٥٢/١، وَابْنُ عَبْدِ رَوَى فِي "الْكَامِل" ٢٤٣/١، وَالْحَاكِمُ فِي "المُسْتَدْرَك" ١٠٢/٤، وَسَكَتَ الْحَاكِمُ عَنْهُ، فَتَعَبَهُ الدُّهْمِيُّ بِقَوْلِهِ: إِبْرَاهِيمُ بْنُ خُثَيْمٍ مَتْرُوكٌ. وَقَالَ الْعُقَيْلِيُّ: لَا يُتَابَعُ إِبْرَاهِيمُ عَلَى هَذَا. قَالَ الْبَزَّازُ: لَا نَعْلَمُهُ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ إِلَّا مِنْ هَذَا الْوَجْهِ.

ورواه محمد بن موسى الحريري عن إبراهيم بن خثيم بن عراك بن مالك عن أبيه عن جده عن أبي هريرة عن النبي ﷺ ((أنه كفل في نهمه)).

أخرجه العقيلي ٥٢/١، والبرزاري كما في "كشف الأستار" (١٣٦١)، ثم قال: لا نعلمه بهذا اللفظ إلا عن أبي هريرة من هذا الوجه، وإبراهيم ليس بالقوي، وقد حدث عنه جماعة. وقال ابن عدي: متوسط في الضعفاء. وقال النسائي: متروك. وقال أبو زرعة: منكر الحديث. وسأل الترمذي في "عله الكبير" كما في "ترتيبه" (٢٣٩) محمدًا البخاري عنه فقال: قال يحيى بن معين: كان إبراهيم بن خثيم كأنه مجنون، وكان الصبيان يلعبن به، وضَعَفَ جدًا. وأبو له بأس به، وجده عراك ثقة فاضل. قال ابن عدي: رواه يحيى بن سعيد عن عراك بن مالك مرسلاً وموصلاً.

فرواه إبراهيم بن زكريا العجلي عن أبي بكر بن عياش عن يحيى بن سعيد عن أنس بن مالك ((أن النبي ﷺ حبس رجلاً في نهمه)). أخرجه العقيلي ٥٣/١ - ٥٤. وابن عدي في "الكامل" ٢٥٦/١. قال العقيلي: إبراهيم بن زكريا مجهول، وحدثه خطأ. وقال ابن عدي: وهذا الحديث لم يقله أحد عن أبي بكر بن عياش عن يحيى بن سعيد عن أنس إلا إبراهيم بن زكريا هذا، وقد رأيت هذا الحديث من رواية هارون بن حاتم المقرئ الكوفي عن أبي بكر بن عياش هكذا، وإنما رواه أبو بكر عن يحيى بن سعيد عن عراك بن مالك فقال: إبراهيم بن زكريا عن أنس بن مالك، وقد قيل في هذه الرواية: عن عراك عن أبي هريرة مرسلاً.

ورواه أبو عبيد القاسم عن أبي بكر بن عياش عن يحيى بن سعيد الأنصاري عن عراك بن مالك قال: أقبل نفر من الأعراب معهم ظهر لهم، فصنعهم رجلاً نباتا معهم، فأصبح القوم وقد فقدوا قرنين من إبلهم، فقدموا بالرجلين على رسول الله ﷺ، فقال رسول الله ﷺ لأحد الرجلين: اذهب فاطلب، وحبس الآخر، فجاء بالقرنين، فقال رسول الله ﷺ لأحد الرجلين: استغفر لي، فقال: غفر الله لك، فقال: وأنت غفر الله لك، وقتلت في سبيله). أخرجه العقيلي ٥٤/١، ثم قال: هذا الحديث علة لحديث إبراهيم بن زكريا، ولحديث إبراهيم بن خثيم بن عراك قبله.

ورواه عبد الرزاق (١٨٨٩٢) عن ابن جريج أخبرني يحيى بن سعيد عن عراك بن مالك قال: ((أقبل رجلاً من بني غفار حتى نزلنا منزلاً بضجتان من مياه المدينة، وعندها ناس من غطفان عندهم ظهر لهم، فأصبح الغطفانيون قد أضوا قرنتين من إبلهم، فاتهما الغفاريان، فأقبلوا بهما إلى النبي ﷺ وذكروا له أمرهم، فحبس أحد الغفاريين، وقال للأخر: ((اذهب فالتبس))، فلم يكن إلا يسيراً حتى جاء بهما، فقال النبي ﷺ لأحد الغفاريين - قال: حبسيت أنه قال: المحبوس عنده: ((استغفر لي!)) - قال: غفر الله لك يا رسول الله، فقال رسول الله ﷺ: ((ولك، وقتلت في سبيله)). قال: فقُتِل يومَ البعثة.

وروى بقيق بن الوليد قال: حدثني صفوان بن عمرو قال: حدثني أزهر بن عبد الله الحزازي عن النعمان بن بشير ((أنه رُفِعَ إليه نفر من الكلاعيين أن حاكه سرقوا متاعاً فحبسهم أياماً، ثم خلى سبيلهم، فاتوه فقالوا: خلّيت سبيل هؤلاء بلا امتحان ولا ضرب! فقال النعمان: ما شئتم، إن شئتم أضربهم، فإن أخرج الله متاعكم فذاك، وإلا أخذت من ظهوركم مثله، قالوا: هذا حُكْمُك! قال: هذا حُكْمُ الله عز وجل ورسوله ﷺ)).

أخرجه النسائي في "المجتبى" ٦٦/٨، و"الكبرى" (٧٣٦١) في قطع السارق - باب امتحان السارق بالضرب والحبس. قال أبو عبد الرحمن: هذا حديث منكر لا يحتج به. أخرجه ليُعرف القصص. وروى سفيان عن محمد بن إسحاق عن أبي جعفر أن علياً قال: ((إنما الحبس حتى يتبين للإمام، فما حبس بعد ذلك فهو جور)). أخرجه البيهقي ٥٣/٦.

وأحدث السَّجْنَ "علي" رضي الله تعالى عنه، بناءً^(١) من قَصَبٍ، و^(٢) سَمَّاهُ نَافِعاً، فَنَقَبَهُ اللُّصُوصُ،

[٢٦١٠٥] (قوله: وأحدث السَّجْنَ "علي") أي: أحدث بناءً سَجْنَ خاصاً، فلا يُنَافِي ما قالوا أيضاً من أنه لم يكن في عَهْدِهِ ﷺ و"أبي بكر" سَجْنَ^(٣)، إنما كان^(٤) يُحْبَسُ في المسجد أو الدَّهْلِيزِ حتى اشترى "عمر" رضي الله تعالى عنه داراً بمَكَّةَ بأربعة آلاف درهمٍ واتَّخَذَهُ مَحَبَساً^(٥).

(١) في "و": ((وبناه)).

(٢) الواو ليست في "د" و"و".

(٣) انظر "شرح أدب القاضي" لصدور الشهيد: الباب الحادي والثلاثون في الحبس في الدين ٣/٣٤٤، ولكن فيه: ((لا أن في زمن النبي صلى الله عليه وسلم وفي زمن أبي بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم لم يكن سَجْنَ، وكان يحبس في المسجد أو في الدَّهْلِيزِ حيث أمكن، ولما كان زمنُ علي رضي الله عنه أحدث السجن فكان أولُّ من أحدث السجن في الإسلام وسمى السَّجْنَ نافعاً، ولم يكن حصيناً، فانفلت الناس منه، ثم بنى سجنًا آخر سمَّاه مُحْبَساً)).

ومما يدل عليه: أنَّ رسولَ الله ﷺ ربطَ ثُمَامَةَ في المسجد. وتقدَّم تخريجُه في المقولة [١٩٦٣٣].

وربطَ العَرَبِيَّينَ بالحِجْرَةِ وسَمَّلَ أعينَهُم. وتقدَّم تخريجُه في المقولة [١٩٥٦٤].

وفي حديث أثوب وغيره عن أبي قِلَابَةَ عن أبي المُهَلَّبِ عن عِمْرَانَ بنِ حُصَيْنٍ قال: ((أَسَرَ أصحابُ رسولِ الله ﷺ رجلاً من بني عُقِيلٍ وتركوهُ في الحِجْرَةِ))، وفي رواية: ((فأوثقوه وطرحوه في الحِجْرَةِ، فمرَّ به رسولُ الله ﷺ ونحن معه...)).

أخرجه مسند (١٦٤١)، وأبو داود (٣٣١٦)، والدارِمِيُّ (٢٥٠٥)، وأبو عَوَانَةَ (٥٨٤٤) و(٥٨٤٥) و(٥٨٤٨)، وابنُ الجارود في "المتقى" (٩٣٣)، وغيرهم.

(٤) ((كان)) ليست في "الأصل".

(٥) علَّقه البخاريُّ في "الصَّحِيح" في الخصومات - باب الرِّبْطِ والحَبْسِ في الحَرَمِ، فقال: واشترى نافعٌ من عبد الحارث داراً للسَّجْنِ بمَكَّةَ من صفوان بنِ أُمَيَّةَ، على إن رضِيَ عمرُ فالبَيْعُ بَعُهُ، وإن لم يَرْضَ عمرُ فليصفوان أربعمائة دينار.

وروى سفيان بن عُيينَةَ عن عمرو بن دينار عن عبد الرحمن بن فروخ مولى نافع بن عبد الحارث قال: ((إنَّ نافعَ بن عبد الحارث اشترى لعمر من صفوان بنِ أُمَيَّةَ دارَ السَّجْنِ بأربعة آلاف، فإن رضي عمرُ رضي الله عنه فالبَيْعُ جائزٌ، وإلا فليصفوان أربعمائة درهم)).

وقال ابنُ عُيَيْنَةَ: فهو سجنُ النَّاسِ اليومَ بمَكَّةَ. زادَ الأزرَقِيُّ: وهي دارُ أُمِّ وإبل.

أخرجه ابنُ أبي شَيْبَةَ في "المصنَّف" ٥/٣٩٢، والأزرَقِيُّ في "أخبار مَكَّة" ١/١٦٥، والفَّاكِهِيُّ في "تاريخ مَكَّة" (٢٠٧٦)، والبيهقيُّ في "الكبرى" ٦/٣٤١، والبرزِّيُّ في "تهذيب الكمال" ١٧/٣٤٣، وابنُ حَجَرٍ في "تغليق التعليل" ٣/٣٢٦.

قال البيهقيُّ: ويُذكرُ عن عمرو بن دينار أنه سئل عن كراءِ بُيُوتِ مَكَّةَ فقال: لا بأسَ مثلُ الشُّراءِ قد اشترى عمرُ من الخطَّابِ رضي الله عنه من صفوان بنِ أُمَيَّةَ داراً بأربعة آلاف درهم.

قال ابنُ حَجَرٍ: ورواه عبدُ الرَّزَّاقِ عن مَعْمَرٍ وابنِ عُيَيْنَةَ وابنِ جُرَيْجٍ، ثلاثهم عن عمرو.

فَبْنَىٰ غَيْرَهُ مِن مَّدَرٍ، وَسَمَّاهُ مُخَيَّسًا بَفَتْحِ الْيَاءِ وَتُكْسَرُ: مَوْضِعُ التَّخْيِيسِ، وَهُوَ التَّدْلِيلُ،

[٢٦١٠٦] (قوله: مِن مَّدَرٍ) بالتحريك: قَطَعَ الطَّيْنِ الْيَابِسِ وَالْحِجَارَةَ كَمَا فِي "الْقَامُوس" ^(١).

[٢٦١٠٧] (قوله: بَفَتْحِ الْيَاءِ) أي: الْمُشْنَاءُ التَّحْتِيَّةُ مُشَدَّدَةٌ، وَالْعَجَبُ مِمَّا فِي "الْبَحْرِ" ^(٢)

وَالنَّهْرِ" ^(٣) وَ"الْمَنْح" ^(٤) مِنْ ضَبْطِهِ بِالتَّاءِ الْمُشْنَاءُ الْفَوْقِيَّةُ، وَقَدْ ذَكَرَهُ فِي "الْقَامُوس" ^(٥) فِي الْأَجُوفِ الْيَائِي فَقَالَ: ((الْمُخَيَّسُ كَمُعْظَمٍ: السَّجْنُ، وَسَجَنَ بَنَاهُ "عَلِيٌّ" رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ)).

- وَرَوَى عَبْدُ الرَّزَّاقِ فِي "الْمَنْصَف" (٩٢١٣) عَنْ ابْنِ جُرَيْجٍ قَالَ: أَخْبَرَنِي حُجَيْرٌ عَنْ طَاوُسٍ قَالَ: اللَّهُ يَعْلَمُهُ أَنِّي سَأَلْتُهُ عَنْ مُسْكِنٍ لِي، فَقَالَ: كُلُّ كِرَاهٍ، قَالَ ابْنُ جُرَيْجٍ: وَلَا يَرَى بِهِ عَمْرُو بْنُ دِينَارٍ بِأَسَاءَ، قَالَ: ((وَكَيْفَ يَكُونُ بِهِ بِأَسُورٌ وَالرُّبْعُ يُبَاغٍ فَيُؤْكَلُ ثَمَنُهُ؟ وَقَدْ ابْتِاعَ عَمْرُو بْنُ الْخَطَّابِ دَارَ السَّجْنِ بِأَرْبَعَةِ آلَافِ دِينَارٍ، [أي: عَمْرُو] عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ قُرُوقٍ [وَقَالَ الثَّوْرِيُّ: عَنْ أَبِيهِ] عَنْ نَافِعٍ بْنِ عَبْدِ الْحَارِثِ ((اشْتَرَى مِنْ صَفْوَانَ بْنِ أُمَيَّةَ دَارَ السَّجْنِ بِثَلَاثَةِ آلَافٍ، فَإِنَّ عَمْرُو رَضِيَ فَاَلْبَيْعَ، وَإِنْ عَمْرُو لَمْ يُرَضَ بِالْبَيْعِ فَلْيَصْفَوَانِ أَرْبَعَمِائَةِ دِرْهَمٍ، فَأَخَذَهَا عَمْرُو)). وَمِنْ طَرِيقِهِ أَخْرَجَهُ الْخَطَّابِيُّ فِي "غَرِيبِ الْحَدِيثِ" ٧٦/٢.

وَرَوَى سَعِيدُ بْنُ سَالِمٍ عَنْ ابْنِ جُرَيْجٍ أَخْبَرَنِي هِشَامُ بْنُ حُجَيْرٍ عَنْ طَاوُسٍ قَالَ: ((اللَّهُ يَعْلَمُ أَنِّي سَأَلْتُهُ عَنْ مُسْكِنٍ لِي، فَقَالَ: كُلُّ كِرَاهٍ، يَعْنِي: مَكَّةَ. قَالَ ابْنُ جُرَيْجٍ: وَكَانَ عَمْرُو بْنُ دِينَارٍ لَا يَرَى بِهِ بِأَسَاءَ، قَالَ: وَكَيْفَ يَكُونُ بِهِ بِأَسُورٌ وَالرُّبْعُ يُبَاغٍ وَيُؤْكَلُ ثَمَنُهُ؟ وَقَدْ ابْتِاعَ عَمْرُو رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ دَارَ السَّجْنِ بِأَرْبَعَةِ آلَافِ دِرْهَمٍ وَأَعْرَبُوا فِيهَا أَرْبَعَمِائَةَ. عَمْرُو الْقَاتِلُ)). أَخْرَجَهُ الْأَزْهَرِيُّ فِي "أَخْبَارِ مَكَّةَ" ١٦٥/١.

وَرَوَى سَعِيدُ بْنُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ وَعَمَدُ بْنُ يَحْيَى أَبُو غَسَّانَ الْكِنَانِيُّ عَنْ هِشَامِ بْنِ سُلَيْمَانَ عَنْ ابْنِ جُرَيْجٍ قَالَ: وَكَانَ عَمْرُو بْنُ دِينَارٍ لَا يَرَى بِهِ بِأَسَاءَ، وَيَقُولُ: كَيْفَ يَكُونُ بِهِ بِأَسُورٌ وَالرُّبْعُ يُبَاغٍ فَيُؤْكَلُ ثَمَنُهُ؟! ((وَقَدْ ابْتِاعَ عَمْرُو بْنُ الْخَطَّابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ دَارَ السَّجْنِ بِأَرْبَعَةِ آلَافٍ، وَأَعْرَبَ فِيهَا أَرْبَعَمِائَةِ دِرْهَمٍ)). قَالَ ابْنُ جُرَيْجٍ: وَأَخْبَرَنِي ابْنُ حُجَيْرٍ عَنْ طَاوُسٍ قَالَ: اللَّهُ يَعْلَمُ أَنِّي سَأَلْتُهُ عَنْ مُسْكِنٍ لِي، فَقَالَ لِي: كُلُّ كِرَاهٍ)).

أَخْرَجَهُ الْفَاكُهَيْيُّ فِي "أَخْبَارِ مَكَّةَ" (٢٠٨٣)، وَعَمْرُو بْنُ شَيْبَةَ فِي كِتَابِ "مَكَّةَ" كَمَا فِي "الْفَتْح" ٩٥/٥.

قَالَ ابْنُ حَجَرٍ: لَكِنْ قَالَ بَدَلًا أَرْبَعَمِائَةِ: خَمْسَمِائَةِ، وَزَادَ فِي آخِرِهِ: وَهُوَ الَّذِي يُقَالُ لَهُ: سَجَنٌ عَارِمٌ.

(١) "الْقَامُوس": مَادَةٌ ((مَدَرٌ)) بِتَصْرِفٍ.

(٢) "الْبَحْرِ": كِتَابُ الْقَضَاءِ - فَصْلُ فِي الْحَبْسِ ٣٠٨/٦.

(٣) "النَّهْرِ": كِتَابُ الْقَضَاءِ - فَصْلُ فِي الْحَبْسِ ٤٣١/أ.

(٤) "الْمَنْح": كِتَابُ الْقَضَاءِ - فَصْلُ فِي الْحَبْسِ ٥٥٠/ب.

(٥) "الْقَامُوس": مَادَةٌ ((خَيَّسَ))، وَعِبَارَتُهُ: ((كَمُعْظَمٍ وَمُعَدَّتْ))، فَذَكَرَ الْوُجْهَيْنِ.

وفيه يقول علي^(١):

ألا تراني كَيْسًا مُكَيِّسًا بَنَيْتُ بَعْدَ نَافِعٍ مُخَيِّسًا
حِصْنًا حَصِينًا وَأَمِينًا كَيْسًا

[٢٦١٠٨] (قوله: كَيْسًا) قال في "المصباح"^(٢): ((الكَيْسُ وَزَانُ فَلَسٍ: الظَّرْفُ وَالْفِطْنَةُ، وقال "ابن الأعرابي": الْعَقْلُ، ويقال: إِنَّهُ مُخَفَّفٌ مِنْ: كَيْسٍ مِثْلَ هَيْنٍ وَهَيْنٍ، وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ؛ لَأَنَّهُ مُصَدَّرٌ مِنْ: كَاسٍ كَيْسًا مِنْ بَابِ: بَاعَ، وَأَمَّا الْمُثْقَلُ فَاسْمُ فَاعِلٍ، وَالْجَمْعُ أَكْيَاسٌ مِثْلُ: حَيْدٍ وَأَجْيَادٍ)) اهـ. وفي "الفتح"^(٣): ((الكَيْسُ - أَي: مُخَفَّفًا - حُسْنُ التَّأْنِي فِي الْأُمُورِ، وَالْكَيْسُ^(٤): الْمُنْسُوبُ إِلَيْهِ الْكَيْسُ)) اهـ.

[٢٦١٠٩] (قوله: وَأَمِينًا) أَرَادَ بِهِ السَّجَّانَ الَّذِي نَصَبَهُ فِيهِ، "فتح"^(٥). وعليه فَعَطْفُهُ عَلَى مَا قَبْلَهُ نَظِيرُ:

عَلَفْتُهَا تَيْئًا وَمَاءً بَارِدًا

فِيرَادُ بِقَوْلِهِ: ((بَنَيْتُ)) اتَّخَذْتُ، [٢/٢٠٤ق/ب] وما قِيلَ مِنْ أَنَّهُ يَصْحُحُ كَوْنُهُ وَصْفًا لـ ((مُخَيِّسًا)) كَالَّذِي قَبْلَهُ لَا يُنَاسِبُهُ قَوْلُهُ^(٦): ((كَيْسًا))، فَافْهَم.

(١) ذكر ابن أبي شيبَةَ ١٧٥/٦ عن يحيى بن عُبيدٍ عن أَبِي حَيَّانٍ عَنْ مَجْمَعٍ قَالَ: ((بَنَى عَلِيٌّ سِجْنًا، فَسَمَاهُ نَافِعًا، ثُمَّ بَدَأَ لَهُ فَكَسَرَهُ، وَبَنَى أَحَصْنَ مِنْهُ، ثُمَّ قَالَ بَيْتٌ شِعْرٍ:

أَلَمْ تَرَ كَيْسًا مُكَيِّسًا بَنَيْتُ بَعْدَ نَافِعٍ مُخَيِّسًا

نَقُولُ: كَذَا فِي مَصْنَفِ ابْنِ أَبِي شَيْبَةَ، وَلَا يَخْفَى أَنَّ وَزْنَهُ مَكْسُورٌ، وَصَوَابُهُ: ((أَلَمْ تَرَانِي)).

وَجَاءَتِ الْأَبْيَاتُ فِي "شِفَاءِ الْغَلِيلِ" فِيمَا فِي كَلَامِ الْعَرَبِ مِنَ الدَّخِيلِ "ص ١٥٣-

نَزَلْتُ بَعْدَ نَافِعٍ مُخَيِّسًا بَابًا شَدِيدًا وَأَمِينًا كَيْسًا

ألا تراني كَيْسًا مُكَيِّسًا

(٢) "المصباح": مادة ((كيس)).

(٣) "الفتح": كتاب أدب القاضي - فصل في الحبس ٣٧٥/٦ بتوضيح من ابن عابدين.

(٤) عبارة "الفتح": ((والمكيس)).

(٥) "الفتح": كتاب أدب القاضي - فصل في الحبس ٣٧٥/٦.

(٦) في "م": ((قول)).

(صِفْتُهُ: أَنْ يَكُونَ مَوْضِعٌ لَيْسَ بِهِ فِرَاشٌ وَلَا وِطَاءٌ) لَيَضَجَرَ فَيُوفِّي، وَمُفَادَةٌ: أَنَّهُ لَوْ حَيَّءٌ لَهُ بِهِ مُنْعٌ مِنْهُ، (وَلَا يُمَكِّنُ أَحَدٌ أَنْ يَدْخُلَ عَلَيْهِ لِلْإِسْتِنَاسِ إِلَّا أَقَارِبَهُ وَجِيرَانَهُ)؛ لاحتياجه للمشاورَةَ، (وَلَا يَمَكُونُ عِنْدَهُ طَوِيلًا)، وَمُفَادَةٌ: أَنَّ زَوْجَتَهُ لَا تُحْبَسُ مَعَهُ لَوْ هِيَ الْحَابِسَةُ لَهُ، وَهُوَ الظَّاهِرُ.....

[٢٦١١٠] (قَوْلُهُ: صِفْتُهُ) الضَّمِيرُ لِلْحَبْسِ بِالْمَعْنَى الْمَصْدَرِيَّةِ، فَلِذَا قَالَ: ((أَنْ يَكُونَ مَوْضِعٌ))،

أَي: فِي مَوْضِعٍ، فَافْهَم.

[٢٦١١١] (قَوْلُهُ: وَلَا وِطَاءٌ) عَلَى وَزْنِ كِتَابِ: الْمِهَادُ الْوِطْيُءُ، "مَصْبَاح" ^(١). وَفِيهِ ^(٢):

((وَالْمِهَادُ وَالْمِهَادُ: الْفِرَاشُ))، وَفِي "الْقَامُوس" ^(٣) عَنْ "الْكَسَائِي" ^(٤): ((أَنَّ الْوِطَاءَ خِلَافُ الْغِطَاءِ)).

قُلْتُ: فَإِنْ أُريدَ بِهِ الْمِهَادُ الْوِطْيُءُ - أَي: اللَّيْنُ السَّهْلُ - فَهُوَ أَحْصَى مِمَّا قَبْلَهُ، وَكَذَا إِنْ أُريدَ بِهِ مَا يُنَامُ عَلَيْهِ، وَهُوَ خِلَافُ الْغِطَاءِ.

[٢٦١١٢] (قَوْلُهُ: وَمُفَادَةٌ) أَي: مُفَادُ قَوْلِهِ: ((لَيَضَجَرَ)).

[٢٦١١٣] (قَوْلُهُ: وَلَا يُمَكِّنُ) بِالْبِنَاءِ لِلْمَجْهُولِ مَعَ التَّشْدِيدِ.

[٢٦١١٤] (قَوْلُهُ: وَلَا يَمَكُونُ عِنْدَهُ طَوِيلًا) أَي: بِحَيْثُ يَحْصُلُ لَهُ ^(٥) الْإِسْتِنَاسُ بِهِمْ، بَلْ بَقْدَرٍ مَا يَحْصُلُ بِهِ الْمَقْصُودُ مِنَ الْمُشَاوَرَةِ.

مَطْلَبُ: لَا تُحْبَسُ زَوْجَتُهُ مَعَهُ لَوْ حَبَسَتْهُ

[٢٦١١٥] (قَوْلُهُ: وَمُفَادَةٌ) أَي: مُفَادُ قَوْلِهِ: ((لِلْإِسْتِنَاسِ))، وَفِي "النَّهْر" ^(٦): ((وَإِذَا احتَاجَ

(١) "المصباح": مادة ((وطني)).

(٢) "المصباح": مادة ((مهد)).

(٣) "القاموس": مادة ((وطني)).

(٤) هو أبو الحسن علي بن حمزة بن عبد الله الكسائي الكوفي (ت ١٨٩ هـ) إمام في اللغة والنحو والقراءة، وأحد القراء السبعة ("تاريخ بغداد" ٤٠٣/١١، "وفيات الأعيان" ٢٩٥/٣).

(٥) ((له)) ليست في "الأصل" و"٣".

(٦) "النهر": كتاب القضاء - فصل في الحبس ق ٤٣١/أ.

وفي "الملتقى" ^(١): ((يُمْكِنُ مِنْ وَطْءِ جَارِيَتِهِ لَوْ فِيهِ خَلْوَةٌ)).

للجماع دَخَلَتْ عليه زوجته أو أمتهُ إِنْ كَانَ فِيهِ مَوْضِعُ سُرْتَةٍ، وفيه دليلٌ على أَنَّ زَوْجَتَهُ لَا تُحْبَسُ مَعَهُ لَوْ كَانَتْ هِيَ الْحَابِصَةَ لَهُ، وَهُوَ الظَّاهِرُ)) اهـ.

وَأَنْتَ خَبِيرٌ بِأَنَّ الْإِسْتِدْلَالَ عَلَى الْمَسْأَلَةِ بِمَا قَالَهُ "السَّارِحُ" أَوَّلَى مِمَّا فِي "النَّهْرِ"؛ لِأَنَّ عَدَمَ دُخُولِ أَحَدٍ عَلَيْهِ لِلْإِسْتِنَاسِ أَصْرَحُ بِعَدَمِ حَبْسِهَا مَعَهُ؛ إِذْ فِي حَبْسِهَا مَعَهُ غَايَةُ الْإِسْتِنَاسِ لَهُ مَعَ كَوْنِ الْمَقْصُودِ مِنْ ذَلِكَ الضَّحَرَ لِيُوفَّى دَيْتُهُ، وَإِذَا كَانَتْ هِيَ الْحَابِصَةَ لَهُ وَقَلْنَا بِجَوَازِ حَبْسِهَا مَعَهُ لَا يَحْصُلُ الْمَقْصُودُ، بَلْ يَحْصُلُ ضِدُّهُ وَهُوَ ضَحْرُهَا لِتُخْرِجَهُ مِنَ الْحَبْسِ حَتَّى تَخْرُجَ مَعَهُ، فَفِي ذَلِكَ أَيْضاً دَلِيلٌ عَلَى أَنَّهَا لَا تُحْبَسُ مَعَهُ لَوْ هِيَ الْحَابِصَةُ، وَلَيْسَ فِيمَا قَالَهُ فِي "النَّهْرِ" مَا يَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ أَيْضاً، فَلِذَا عَدَلَ "السَّارِحُ" عَنْ كَلَامِ "النَّهْرِ". فَقَدْ ظَهَرَ أَنَّهُ لَيْسَ فِي عُلُوْلِهِ عَنْهُ خَلَلٌ، بَلِ الْخَلَلُ فِي مُتَابَعَتِهِ لَهُ، فَافْهَم. ثُمَّ إِنْ الظَّاهِرُ أَنَّ الْمَقْصُودَ بِهَذَا الرُّدِّ عَلَى مَنْ قَالَ: إِنَّهَا تُحْبَسُ مَعَهُ، وَفِي "البحر" ^(٢) عَنْ "الخلاصة" ^(٣): ((فَإِذَا حَبَسَتْ الْمَرْأَةُ زَوْجَهَا لَا تُحْبَسُ مَعَهُ))، وَفِيهِ ^(٤) عَنْ "الْبِرَازِيَّةِ" ^(٥) وَغَيْرِهَا: ((إِذَا خِيفَ عَلَيْهَا الْفَسَادُ اسْتَحْسَنَ الْمُتَأَخَّرُونَ أَنْ تُحْبَسَ مَعَهُ)) اهـ.

وَحَاصِلُهُ: أَنَّهَا إِذَا حَبَسَتْهُ وَكَانَتْ مِنْ أَهْلِ الْفَسَادِ وَيُخَشَى عَلَيْهَا فِعْلُ ذَلِكَ إِذَا لَمْ يَكُنْ مُرَاقِباً لَهَا يَكُونُ مَظْنَةً أَنَّ حَبْسَهَا لَهُ لِأَجْلِ ذَلِكَ لَا لِمَجَرَّدِ اسْتِيفَاءِ حَقِّهَا مِنْهُ، فَلَهُ حَبْسُهَا مَعَهُ، أَمَا إِذَا لَمْ تَكُنْ كَذَلِكَ فَلَا وَجْهَ لِحَبْسِهَا مَعَهُ، وَهَذَا مَحْمَلُ مَا فِي "الخلاصة".

[٢٦١١٦] [قَوْلُهُ: مِنْ وَطْءِ جَارِيَتِهِ] وَكَذَا زَوْجَتَهُ كَمَا مَرَّ ^(٦)، وَقِيلَ: يُمْنَعُ مِنْ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْوُطْءَ لَيْسَ مِنَ الْخَوَائِجِ الْأَصْلِيَّةِ، "فتح" ^(٧).

(١) "ملتقى الأبحر": كتاب القضاء - فصل: وإذا ثبت الحق لنمدهي إلخ ٧٣/٢.

(٢) "البحر": كتاب القضاء - فصل في الحبس ٣٠٩/٦.

(٣) "الخلاصة": كتاب القضاء - الفصل التاسع في الحبس ق ١/٢٠٩.

(٤) "البحر": كتاب القضاء - فصل في الحبس ٣٠٩/٦، ونقله أيضاً عن "مآل الفتاوى" و"خزانة الفتاوى"، وما نقله ابن عابدين عن "البرازية" هو - كما في "البحر" - عبارة "مآل الفتاوى".

(٥) "البرازية": كتاب أدب القاضي - الفصل العاشر في الحبس، وفيه أربعة أنواع ٢٣٥/د بتصرف (هامش "الفتاوى الهندية").

(٦) في المقالة السابقة.

(٧) "الفتح": كتاب أدب القاضي - فصل في الحبس ٣٧٥/٦.

((ولا يَخْرُجُ لجمعةٍ ولا جماعةٍ ولا لِحَجٍّ فَرَضٍ فغيرُهُ أُولَى (ولا لِحُضُورِ جِنَازَةٍ ولو) كان (بكفيلٍ))، "زيلي" (١). وفي "الخلاصة": ((يَخْرُجُ بكفيلٍ لجنَازَةٍ أَصُولِهِ وَفُرُوعِهِ لا غيرِهِم، وعليه الفُتوى)).

[٢٦١١٧] قوله: وفي "الخلاصة" (٢): يَخْرُجُ بكفيلٍ هذا هو الصَّوابُ في نقلِ عبارة "الخلاصة"، ونَقَلَ عنها في "البحر" (٣): ((يَخْرُجُ الكفيلُ))، فكأنه سَقَطَ الباءُ من نُسخَتِهِ كما نَسَهُ عليه في "النهر" (٤)، وكذا "الرَّمْلِيُّ"، وقال أيضاً: ((وَالْعَجَبُ أَنَّ "البَزَازِيَّ" وَقَعَ في ذلك فقال (٥): وذكر "القاضي": أَنَّ الكفيلَ يَخْرُجُ لجنَازَةِ الوالِدَيْنِ إلخ، والذي في "فتاوى القاضي" - يعني: "قاضي خان" (٦) -: يَخْرُجُ بالكفيلِ)).

[٢٦١١٨] قوله: وعليه الفُتوى قال في "الفتح" (٧): ((وفيه نظيرٌ؛ لأنَّه إبطالٌ حَقٌّ آدميٌ بلا مُوجِبٍ، نعم إذا لم يكن له مَنْ يَقُومُ بِحَقُوقِ ذَنْبِهِ فَعَلَ ذلك، وسُئِلَ "حمَّدٌ" عَمَّا إذا مات والداه أَيْخَرُجُ؟ فقال: لا)) اهـ.

وحاصله: أَنَّ ما في "الخلاصة" مخالفٌ لَنَصِّ "حمَّدٍ" رحمه الله تعالى، قال في "البحر" (٨): ((وقد يُدْفَعُ بأنَّ نَصَّ "حمَّدٍ" في المديونِ أَصَالَةٌ والكلامُ في الكفيلِ (٩)) اهـ.

(١) "تبين الحقائق": كتاب القضاء - فصل في الحبس ١٨٢/٤.

(٢) "الخلاصة": كتاب القضاء - الفصل التاسع في الحبس ق ٢٠٩/أ، وعبارتها في نسختنا: ((يخرج الكفيل بجنَازَةِ إلخ)).

(٣) "البحر": كتاب القضاء - فصل في الحبس ٣٠٨/٦، وعبارته في مطبوعتنا: ((يخرج بكفيل)) فقد وقعت على الصواب الذي ذكره ابن عابدين رحمه الله.

(٤) "النهر": كتاب القضاء - فصل في الحبس ق ٤٣١/أ.

(٥) "البَزَازِيَّة": كتاب أدب القاضي - الفصل العاشر في الحبس، وفيه أربعة أنواع ٢٢٤/٥ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٦) "الحانية": كتاب الدعوى والبيّنات - باب الدعوى ٣٧٤/٢ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٧) "الفتح": كتاب أدب القاضي - فصل في الحبس ٣٧٥/٦ باختصار.

(٨) "البحر": كتاب القضاء - فصل في الحبس ٣٠٨/٦.

(٩) في "الأصل": ((والكلامُ في الكلامِ))، وهو تحريف.

(ولو مَرَضَ مَرَضاً أَضْنَاهُ وَلَمْ يَجِدْ مَنْ يَخْدُمُهُ يَخْرُجُ بِكَفِيلٍ، وَإِلَّا لَا)، بِهِ يُفْتَى، وَلَا يَخْرُجُ لِمُعَالَجَةٍ وَكَسْبٍ، قِيلَ: وَلَا يَتَكَسَّبُ فِيهِ،.....

وهذا بناءً على ما وَقَعَ لَهُ فِي نَسَخَةِ "الخلاصة" مِنَ التَّحْرِيفِ، عَلَى أَنَّهُ لَا يَظْهَرُ الْفَرْقُ بَيْنَ الْمَدْيُونِ وَكَفِيلِهِ كَمَا قَالَ "المُصَنِّفُ" فِي "المنح"^(١).

[٢٦١١٩] (قَوْلُهُ: يَخْرُجُ بِكَفِيلٍ) قَالَ فِي "الفتح"^(٢): ((وَأِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ خَادِمٌ يَخْرُجُ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَمُوتُ بِسَبَبِ عَدَمِ الْمَرَضِ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الذَّيْنُ مُقْتَضِباً لِلتَّسَبُّبِ فِي هَلَاكِهِ)) اهـ. وَمُقْتَضَى التَّعْلِيلِ أَنَّهُ لَوْ لَمْ يَجِدْ كَفِيلاً يَخْرُجُ، لَكُنْ فِي "المنح"^(٣) عَنْ "الخلاصة"^(٤): ((فَإِنْ لَمْ يَجِدْ كَفِيلاً لَا يُطْلَقُهُ))، تَأَمَّلْ.

[٢٦١٢٠] (قَوْلُهُ: وَإِلَّا لَا) أَي: وَإِنْ وَجَدَ مَنْ يَخْدُمُهُ لَا يَخْرُجُ، هَكَذَا رُوِيَ عَنْ "مُحَمَّدٍ"، هَذَا^(٥) إِذَا كَانَ الْغَالِبُ هُوَ الْهَلَاكُ، وَعَنْ "أَبِي يُوسُفَ": لَا يَخْرُجُهُ، وَالْهَلَاكُ فِي السَّحْنِ وَغَيْرِهِ سَوَاءٌ، وَالْفَتْوَى عَلَى رَايَةِ "مُحَمَّدٍ"، [٢٠٥/٣] "منح"^(٦) عَنْ "الخلاصة"^(٧). [٢٦١٢١] (قَوْلُهُ: لِمُعَالَجَةٍ) أَي: لِمُدَاوَاةِ مَرَضِهِ؛ لِإِمْكَانِ ذَلِكَ فِي السَّحْنِ.

[٢٦١٢٢] (قَوْلُهُ: قِيلَ: وَلَا يَتَكَسَّبُ فِيهِ) كَذَا فِي بَعْضِ النُّسخِ، وَفِي أَكْثَرِهَا^(٨): ((بَلْ لَا يَتَكَسَّبُ فِيهِ))، وَهِيَ الصَّوَابُ؛ لِأَنَّ التَّعْبِيرَ بِـ ((قِيلَ)) يُفِيدُ الضَّعْفَ، وَقَدْ صَرَّحَ فِي "البحر"^(٩) وَيُزِيدُ: ((بِأَنَّ الْأَصَحَّ الْمُنْعُ)).

(١) "المنح": كتاب القضاء - فصل في الحبس ٢/٥٥٥/ب.

(٢) "الفتح": كتاب أدب القاضي - فصل في الحبس ٦/٣٧٥.

(٣) "المنح": كتاب القضاء - فصل في الحبس ٢/٥٥٥/ب.

(٤) "الخلاصة": كتاب أدب القاضي - فصل في الحبس ق ٢٠٩/ب.

(٥) ((هَذَا)) لَيْسَتْ فِي "الأصل".

(٦) "المنح": كتاب القضاء - فصل في الحبس ٢/٥٥٥/ب.

(٧) "الخلاصة": كتاب القضاء - الفصل التاسع في الحبس ق ٢٠٩/ب.

(٨) كَمَا فِي نَسَخَةِ "و".

(٩) "البحر": كتاب القضاء - فصل في الحبس ٦/٣٠٨.

ولو له ذُبُونٌ أُخْرِجَ^(١) لِيُخَاصِمَ ثُمَّ يُحْبَسُ، "خَانِيَّة"^(٢). (ولا يُضْرَبُ) المحبوسُ إلَّا في ثلاث: إذا امتنع عن كَفَّارَةِ الظَّهَارِ،.....

وفي "شرح أدب القضاء"^(٣) عن "السَّرْحَسِي"^(٤): ((أَنَّهُ الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ؛ لِأَنَّ الْحَبْسَ مَشْرُوعٌ لِيُضَحَّرَ، وَمَتَى تَمَكَّنَ مِنَ الْاِكْتِسَابِ لَا يَضَحَّرُ، فَيَكُونُ السَّجْنُ لَهُ بِمَنْزِلَةِ الْحَانُوتِ)).

[٢٦١٢٣] (قوله): ولو له ذُبُونٌ أُخْرِجَ^(٥) لِيُخَاصِمَ ثُمَّ يُحْبَسُ) فيه إشارة إلى أَنَّهُ إِذَا ادَّعَى عَلَيْهِ آخَرُ بَدْنَيْنِ يُخْرِجُ لِسَمَاعِ الدَّعْوَى، فَإِنْ أَثْبَتَهُ بِالْوَجْهِ الشَّرْعِيِّ أُعِيدَ فِي الْحَبْسِ لِأَجْلِهِمَا، "سَائِحَانِي" عَنِ "الْهِنْدِيَّة"^(٦).

[٢٦١٢٤] (قوله): إِذَا امْتَنَعَ عَنِ كَفَّارَةِ) لِأَنَّ حَقَّ الْمَرْأَةِ فِي الْجَمَاعِ يَفُوتُ بِالتَّأَخِيرِ، "أَشْبَاه"^(٧). وَاعْتَرَضَهُ "الْحَمَوِيُّ"^(٨): ((بِأَنَّ حَقَّهَا فِيهِ قَضَاءٌ فِي الْعُمُرِ مَرَّةً وَاحِدَةً)) اهـ.

قلت: هذه الْمَرْءَةُ لِأَجْلِ انْتِفَاءِ الْعِنَةِ وَالتَّفْرِيقِ بِهَا، وَإِلَّا فَلَهَا حَقٌّ فِي الْوَطْءِ بَعْدَهَا، وَلِذَا

﴿فصل في الحبس﴾

(قوله): قلت: هذه الْمَرْءَةُ لِأَجْلِ انْتِفَاءِ الْعِنَةِ (الخ) الْحَقُّ فِي الْجَوَابِ أَنْ يُقَالَ: إِنَّ الْقَسَمَ عِبَارَةٌ عَنِ التَّسْوِيَةِ فِي الْبَيِّنَاتِ وَالْكَلامِ وَالنَّظَرِ لَا فِي الْجَمَاعِ، وَبِهَذَا يَرْتَفِعُ التَّنَاقُ، إِذَا مَا زَادَ فِيهِ عَسَى مَرَّةً حَقَّهَا فِيهِ دِيَانَةٌ، وَلَا يُجْبِرُهُ الْقَاضِي عَلَيْهِ، هَذَا مَا يَقَالُ فِي الْجَوَابِ عَنِ مَسْأَلَةِ الْقَسَمِ. وَأَجَابَ فِي الظَّهَارِ عَنِ مَسْأَلَةِ الْكَفَّارَةِ: ((بِأَنَّ الظَّهَارَ مَعْصِيَةٌ حَامِلَةٌ لَهُ عَلَى الْاِمْتِنَاعِ مِنْ حَقِّهَا الْوَاجِبِ عَلَيْهِ دِيَانَةً، فَيَأْمُرُهُ بِرَفْعِهَا لِتَجِلَّ لَهُ)).

(١) فِي "ب" وَ"و" وَ"ط": ((خَرَجَ))، وَمَا أَثْبَتَاهُ مِنْ "د" هُوَ الْمَوَافِقُ لِأَكْثَرِ نَسَخِ الْحَاشِيَةِ.

(٢) "الْخَانِيَّة": كِتَابُ الدَّعْوَى وَالْبَيِّنَاتِ - بَابُ الدَّعْوَى ٣٧٤/٢ بِتَصْرِفٍ (هَامِشُ "الْفَتَاوَى الْهِنْدِيَّة").

(٣) "شَرْحُ أَدَبِ الْقَاضِي" لِلْمَصْدَرِ الشَّهِيدِ: الْبَابُ السَّابِعُ وَالثَّلَاثُونَ فِي الْمَلَاظِمَةِ ٧٢/٣ بِاِخْتِصَارٍ.

(٤) نَقُولُ: فِي "الْمَبْسُوطِ" ٩٠/٢٠ طَرَفٌ مِنَ الْمَسْأَلَةِ، وَلَعَلَّ الْمَسْأَلَةَ بِتَمَامِهَا فِي شَرْحِ السَّرْحَسِيِّ عَلَى "أَدَبِ الْقَاضِي".

(٥) فِي "م": ((خَرَجَ))، وَهِيَ مُوَافِقَةٌ لِبَعْضِ نَسَخِ "الدَّرِّ".

(٦) "الْفَتَاوَى الْهِنْدِيَّة": كِتَابُ أَدَبِ الْقَاضِي - الْبَابُ السَّادِسُ وَالْعِشْرُونَ فِي الْحَبْسِ وَالْمَلَاظِمَةِ ٤١٤/٣ بِتَصْرِفٍ.

(٧) "الْأَشْبَاهُ وَالنَّظَائِرُ": الْفَنُ الثَّانِي: الْفَوَائِدُ - كِتَابُ الْقَاضِي وَالشَّهَادَاتِ وَالِدَّعَاوِي ص ٢٥٨.

(٨) "عَمَرُ عِبُونِ الْبَصَائِرُ": كِتَابُ الْقَضَاءِ وَالشَّهَادَاتِ وَالِدَّعَاوِي ٣١٦/٢.

والإنفاق على قريبه، والقسم بين نسائه بعد وعظيه، والضابط: ما يفوت بالتأخير
لا إلى خلف، "أشباه"^(١).....

حَرَمَ الإيْلَاءُ مِنْهَا، وَيُفَرِّقُ بَيْنَهُمَا بِمُضِيِّ مُدَّتِهِ؛ لِأَنَّهُ امْتَنَعَ بِسَبَبِ عَظْوٍ، وَكَذَا فِي الظَّهَارِ؛
لَأَنَّهُ مُنْكَرٌ مِنَ الْقَوْلِ، فَلِذَا ظَهَرَ فِيهِ الْمَطَالِبَةُ بِالْعَوْدِ إِلَيْهَا، وَيُضْرَبُ عِنْدَ الْامْتِنَاعِ وَإِنْ كَانَ
لَا يُضْرَبُ عِنْدَ الْامْتِنَاعِ عَنْهَا بِغَيْرِ سَبَبٍ، تَأْمَلْ.

{قوله: (والإنفاق على قريبه) بالجر عطفاً على ((كفارة))، وكذا قوله: ((والقسم))}

كما هو ظاهر، فافهم.

وهذا مخالف لما قدمه^(٢) في النفقة: ((من أنه إذا امتنع من الإنفاق على القريب يضرب
ولا يحبس))، ومثله في القسم كما مر^(٣) في بابيه، لكن قدما^(٤) في آخر النفقة: أنه تابع "البحر"
في نقل ذلك عن "البدائع"، وأن الذي في "البدائع"^(٥): ((أنه يحبس سواء كان أباً أو غيره،
بخلاف الممتنع من القسم^(٦)، فإنه يضرب ولا يحبس))، وهو الموافق لما سيذكره "المصنف"^(٧)
متناً. وذكر في "البحر"^(٨): ((أنهم صرحوا بأنه لو امتنع من التكفير مع قدرته يضرب، وكذا لو
امتنع من الإنفاق على قريبه، بخلاف سائر الديون)) اهـ.

{قوله: والضابط} أي: لما يضرب فيه المحبوس، فإنه بالامتناع عما ذكر يفوت

٣١٤/٤

الواجب لا إلى خلف، فإن نفقة القريب تسقط بالمضي ولو مقضيّاً بها أو متراضى عليها،
وكذا الوطء والقسم يفوتان بالمضي.

(١) "الأشباه والنظائر": الفن الثاني: الفوائد - كتاب القضاء والشهادات والدعاوي ص ٢٥٨-.

(٢) ٦٧١/١٠ "در".

(٣) المقولة [١٢٧١٩] قوله: ((عزّر بغير حبس)).

(٤) المقولة [١٦٣٧٤] قوله: ((وفي "البدائع" إلخ)).

(٥) "البدائع": كتاب النفقة - فصل في بيان كيفية وجوبها ٣٨/٤ بتصرف.

(٦) عبارة "البدائع": ((إن الممتنع من النفقة)).

(٧) ص ٤٠٢ - "در".

(٨) "البحر": كتاب القضاء - فصل في الحبس ٣٠٨/٦ باختصار.

قلت: ويُزاد ما في "الوهبانية"^(١): [طويل]

وإن فَرَّ يُضْرَبُ دُونَ قَيْدٍ تَأْدِبًا وَتَطْيِينَ بِابِ الْحَبْسِ فِي الْعَنْتِ يُذَكَّرُ
(ولا يُغْلُ) إِلَّا إِذَا خَافَ فِرَارَهُ، فَيَقِيدُ أَوْ يُحَوِّلُ لِسَجْنٍ^(٢) اللَّصُوصِ، وَهَلْ يُطَيَّنُ الْبَابُ؟
الرَّأْيُ فِيهِ لِلْقَاضِي، "بِرَّازِيَّة"^(٣). (ولا يُجَرَّدُ، ولا يُؤَاجَرُ^(٤)) وَعَنْ "الثَّانِي": يُؤَجَّرُهُ
لِقَضَاءِ دَيْنِهِ. (ولا يُقَامُ بَيْنَ يَدَيِ صَاحِبِ الْحَقِّ إِهَانَةً) لَهُ، وَلَوْ كَانَ بِلَدٍ لَا قَاضِيَ فِيهَا

[٢٦١٢٧] (قوله: ما في "الوهبانية") الشَّطْرُ الثَّانِي لـ "شارحها"^(٥)، غَيَّرَ فِيهِ نَظْمَ الْأَصْلِ.

[٢٦١٢٨] (قوله: وإن فَرَّ) أَي: مِنَ الْحَبْسِ.

[٢٦١٢٩] (قوله: فِي الْعَنْتِ يُذَكَّرُ) أَي: إِذَا كَانَ مُتَعَتًّا لَا يُؤَدِّي الْمَالَ قِيلَ: يُطَيَّنُ عَلَيْهِ الْبَابُ
وَيُتْرَكُ لَهُ ثَقَبٌ يُلْقَى لَهُ الْخُبْرُ وَالْمَاءُ، وَقِيلَ: الرَّأْيُ فِيهِ لِلْقَاضِي، وَهُوَ مَا يَذْكُرُهُ قَرِيبًا عَنْ "الْبِرَّازِيَّة".

[٢٦١٣٠] (قوله: وَلَا يُغْلُ) أَي: لَا يُوضَعُ لَهُ الْغُلُّ بِالضَّمِّ، وَهُوَ طَوْقٌ مِنْ حَدِيدٍ يُوضَعُ فِي
الْعُنْتِ، جَمْعُهُ: أَغْلَالٌ كَقَفْلٍ وَأَقْفَالٍ، "مَصْبَاح"^(٦). وَأَمَّا الْقَيْدُ فَمَا يُوضَعُ فِي الرَّجُلِ.

[٢٦١٣١] (قوله: وَلَا يُجَرَّدُ) أَي: مِنْ ثِيَابِهِ فِي الْحَبْسِ.

[٢٦١٣٢] (قوله: وَعَنْ "الثَّانِي") عِبَارَةُ "النَّهْرِ"^(٧): ((وَلَا يُؤَجَّرُ خِلَافًا لِمَا عَنْ "الثَّانِي")).

[٢٦١٣٣] (قوله: لَا قَاضِيَ فِيهَا) بَأَنَّ مَاتَ أَوْ عُزِّلَ، "مَنْع"^(٨) عَنْ "الْجَوَاهِر"^(٩).

(١) "المظومة الوهبانية": فصل من كتاب أدب القاضي ص ٥٥ - (هامش "المنظومة المحبية").

(٢) في "و": ((إلى سجن)).

(٣) "البرازية": كتاب أدب القاضي - الفصل العاشر: في الحبس، وفيه أربعة أنواع ٢٢٥/٥ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) في "د": ((ولا يؤجر)).

(٥) "تفصيل عقد الفرائد": فصل من كتاب أدب القاضي ٢٩٢/١.

(٦) "المصباح": مادة ((غلل)).

(٧) "النهر": كتاب القضاء - فصل في الحبس ق ٤٣١/أ بتصرف.

(٨) "المنع": كتاب القضاء - فصل في الحبس ٢/٥٦/أ.

(٩) أي: "جواهر الفتاوى" كما سيأتي في "الذَّكْر".

لأَزمَهُ لَيْلاً وَنَهَاراً حَتَّى يَأْخُذَ حَقَّهُ، "جواهر الفتاوى". (وتعيين^(١) مكانه) أي: مكان^(٢) الحبسِ عندَ عدمِ إرادةِ صاحبِ الحقِّ (للقاضي، إلّا إذا طَلَبَ المُدَّعي مكاناً آخَرَ) فُجِيبَهُ لذلك، "قنية". وأفتى "المصنّف" تبعاً لـ "قارئ الهداية"^(٣): ((بأنَّ العبرةَ في ذلك لصاحبِ الحقِّ لا للقاضي)) اهـ. وفي "النهر"^(٤): ((ينبغي أن لا يُجابَ لو طَلَبَ حبسهُ في مكانِ اللُّصُوصِ ونحوه)).

(فرغ)

في "البحر"^(٥) عن "المحيط": ((ويُجعلُ للنساءِ سِجْنَ على حِدَةٍ نَفِيّاً لِلْفِتْنَةِ))....

[٢٦١٣٤] (قوله: لأَزمَهُ) ولا يَمَنَعُهُ عن الاكتسابِ والدُّخُولِ إلى بيته؛ لأنَّه لا ولايةَ له عليه، بخلافِ القاضي؛ لأنَّ له ولايةَ المَنعِ والحبسِ وغيره، "منح"^(٦) عن "الجواهر".

[٢٦١٣٥] (قوله: "قنية") عبارتُها^(٧): ((ادَّعى على بَنتِهِ مَلاً، وأَمَرَ القاضي بِحَبْسِهَا فَطَبَّ الأبُ مِنْهُ أَنْ يَحْبِسَهَا فِي مَوْضِعٍ آخَرَ غَيْرِ السِّجْنِ حَتَّى لَا يَضِيعَ عِرْضُهُ يُجِيبُهُ الْقَاضِي إِلَى ذَلِكَ، وَكَذَا فِي كُلِّ مُدَّعٍ مَعَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ)) اهـ.

[٢٦١٣٦] (قوله: وأفتى "المصنّف" إلخ) ذَكَرَ في "المنح"^(٨) عبارةَ "قارئ الهداية" ثمَّ قال^(٩): ((ولا مُنافاةَ بَيْنَ هَذَا وَبَيْنَ مَا ذَكَرْنَاهُ؛ لأنَّ الْقَاضِي يُعِينُ مَكَانَ الْحَبْسِ عِنْدَ عَدَمِ إِرَادَةِ صَاحِبِ الْحَقِّ، أَمَّا لَوْ طَلَبَ صَاحِبُ الْحَقِّ مَكَاناً فَالْعِبْرَةُ فِي ذَلِكَ لَهُ)) اهـ.

(١) في "ط": ((ولا تعين))، وهو خطأ.

(٢) ((مكان)) ليست في "د".

(٣) "فتاوى قارئ الهداية": مسألة في حبس المدين في غير السجن ص ٨٣ -.

(٤) "النهر": كتاب القضاء - فصل في الحبس ق ٤٣١/أ.

(٥) "البحر": كتاب القضاء - فصل في الحبس ٣٠٨/٦.

(٦) "المنح": كتاب القضاء - فصل في الحبس ٢/٥٦٦/أ باختصار.

(٧) "القنية": كتاب أدب القاضي - باب الحبس ق ١٣٢/ب.

(٨) "المنح": كتاب القضاء - فصل في الحبس ٢/٥٦٦/أ.

(وَإِذَا ثَبَتَ الْحَقُّ لِلْمُدَّعِي) وَلَوْ دَانِقًا، وَهُوَ سُدُسُ دَرَاهِمٍ (بَيِّنَةٌ عَجَلٌ حَبْسُهُ بِطَلَبِ الْمُدَّعِي)؛ لظُهُورِ الْمَطْلِ بِإِنْكَارِهِ، (وَالْإِ) يَثْبُتُ بَيِّنَةٌ بِلِ إِبْرَارٍ (لَمْ يُعَجَّلْ) حَبْسُهُ،

[٢٦١٣٧] (قَوْلُهُ: وَإِذَا ثَبَتَ الْحَقُّ لِلْمُدَّعِي) أَي: عِنْدَ الْقَاضِي كَمَا فِي "الْهِدَايَةِ"^(١) وَغَيْرِهَا، وَظَاهِرُهُ: أَنَّ الْمُحَكَّمَ لَا يَحْسِبُ، قَالَ فِي "الْبَحْرِ"^(٢): ((وَلَمْ أَرَهُ))، "نَهْر"^(٣). لَكِنْ نَقَلَ "الْحَمَوِيُّ"^(٤) عَنْ "صَدْرِ الشَّرِيعَةِ"^(٥): [٣/٢٠٥ق/ب] ((أَنَّ لَهُ الْحَبْسَ)).

[٢٦١٣٨] (قَوْلُهُ: وَلَوْ دَانِقًا) فِي "كَافِي الْحَاكِمِ": ((وَيُحْبَسُ فِي دَرَاهِمٍ وَفِي أَقَلِّ مِنْهُ)) اهـ. وَمِثْلُهُ فِي "الْفَتْحِ"^(٦) مُعَلَّلًا: ((بِأَنَّ ظُلْمَهُ يَتَحَقَّقُ بِمَنْعِ ذَلِكَ)).

[٢٦١٣٩] (قَوْلُهُ: بَيِّنَةٌ) أَوْ بُنْكَوْلٌ، "بَحْر"^(٧) عَنْ "الْقَلَانِسِيِّ"^(٨). [٢٦١٤٠] (قَوْلُهُ: عَجَلٌ حَبْسُهُ) إِلَّا إِذَا ادَّعَى الْفَقْرَ فِيمَا يَقْبَلُ فِيهِ دَعْوَاهُ، "ط"^(٩).

[٢٦١٤١] (قَوْلُهُ: بِطَلَبِ الْمُدَّعِي) ذَكَرَهُ "قَاضِي خَان"^(١٠)، وَهُوَ قَيِّدٌ لَازِمٌ، "مَنْح"^(١١). [٢٦١٤٢] (قَوْلُهُ: لَمْ يُعَجَّلْ حَبْسُهُ) لِأَنَّ الْحَبْسَ جَزَاءُ الْمُطَاعَلَةِ، وَلَمْ يَعْرِفْ كَوْنَهُ مُطَاعِلًا فِي أَوَّلِ الْوَهْلَةِ، فَلَعَلَّهُ طَمِعَ فِي الْإِمْهَالِ فَلَمْ يَسْتَصْحِبِ الْمَالَ، فِإِذَا امْتَنَعَ بَعْدَ ذَلِكَ حَبْسُهُ؛ لظُهُورِ مَطْلَبِهِ، "هِدَايَةِ"^(١٢).

(١) "الهداية": كتاب أدب القاضي - فصل في الحبس ١٠٤/٣.

(٢) "البحر": كتاب القضاء - فصل في الحبس ٣٠٨/٦.

(٣) "النهر": كتاب القضاء - فصل في الحبس ٤٣١ق/أ.

(٤) لم نعر عليها في مطبوعة "غمر عيون البصائر" التي بين أيدينا.

(٥) "شرح الوقاية": كتاب القضاء ٧٠/٢ هامش "كشف الحقائق".

(٦) "الفتح": كتاب أدب القاضي - فصل في الحبس ٣٧٥/٦ - ٣٧٦.

(٧) "البحر": كتاب القضاء - فصل في الحبس ٣٠٩/٦.

(٨) هو أحمد القلانيسي صاحب "تهذيب الوقائع"، انظر "كشف الظنون" ٥١٧/١، "الجواهر المضية" ٣٥٧/١.

(٩) "ط": كتاب القضاء - فصل في الحبس ١٨٧/٣.

(١٠) "شرح الجامع الصغير": كتاب القضاء - باب من القضاء في بيع القاضي وقرضه ١٠٣ق/٢ ب.

(١١) "المنح": كتاب القضاء - فصل في الحبس ٥٦ق/٢.

(١٢) "الهداية": كتاب أدب القاضي - فصل في الحبس ١٠٤/٣ باختصار.

بل يأمره بالأداء، فإن أبى حبسه، وعكسه "السرّحسي"،

[٢٦١٤٣] قوله: بل يأمره بالأداء) ينبغي أن يُقيدَ هذا بما إذا لم يتمكّن القاضي من أداء ما عليه بنفسه، كما إذا ادّعى عيّناً في يد غيره أو ودّعة له عنده وبرهن أنها هي التي في يده، أو ديناً له عليه وبرهن على ذلك، فوجد معه ما هو من جنس حقه كان للقاضي أن يأخذ العين منه وما هو من جنس حقه ويدفعه إلى المالك غير محتاج إلى أمره بدفع ما عليه. وقد قالوا: إن ربّ اللّتين إذا ظفر بجنس حقه له أن يأخذه وإن لم يعلم به المديون، فالقاضي أولى، "نهر"^(١)، وتبعه "الحموي" وغيره، "ط"^(٢).

قلت: لكن كونه غير محتاج إلى أمره بالدفع فيه نظر؛ لأنّ القاضي لا يتحقّق له ولاية أخذ مال المديون وقضاء دينه به إلا بعد الامتناع عن فعل المديون ذلك بنفسه، فكان المناسب ذكر هذا عند قوله: ((فإن أبى حبسه))، فيقال: إنما يحبسه إذا لم يتمكّن القاضي إلخ، فافهم. [٢٦١٤٤] قوله: فإن أبى حبسه) فلو قال: أمهلني ثلاثة أيام لأدفعه إليك فإنه يمهل، ولم يكن بهذا القول مُمتنعاً من الأداء، ولا يحبس، "شرح الوهبائية"^(٣) عن "شرح الهداية"^(٤). ومثله قول "المصنّف" الآتي^(٥): ((ولو قال: أبيع عرضي وأقضي ديني إلخ)).

[٢٦١٤٥] قوله: وعكسه "السرّحسي"^(٦)) وهو أنه إذا ثبت بالبيّنة لا يحبسه لأوّل وهلة؛ لأنّه يعتذر بأنّي ما كنت أعمم أن عليّ ديناً له، بخلافه بالإقرار؛ لأنّه كان عالماً باللّتين ولم يقضيه حتّى أحوّجه إلى شكواه، "فتح"^(٧).

(١) "النهر": كتاب القضاء - فصل في الحبس ٤٣١/٤.

(٢) "ط": كتاب القضاء - فصل في الحبس ١٨٧/٣.

(٣) "تفصيل عقد الفرائد": فصل من كتاب أدب القاضي - بيان إمهال المدعى عليه ٢٩٣/١.

(٤) لم نثر عليها فيما بين أيدينا من الشروح المطبوعة، ولعل المراد "النهاية" للغناقي.

(٥) ص ٣٩٤ - "در".

(٦) لم نقف على المسألة في "المبسوط" و"شرح السير".

(٧) "الفتح": كتاب أدب القاضي - فصل في الحبس ٣٧٦/٦، نقلاً عن "الفوائد الظهيرية" عن "السرّحسي".

وسَوَّى بينهما في "الكنز" و"الدرر"، واستحسنه "الزَّليعي"^(١)، والأوَّل مختارُ "الهداية"^(٢) و"الوقاية"^(٣) و"المجمع". قال في "البحر"^(٤): ((وهو المذهب عندنا)) اهـ.....

[٢٦١٤٦٦] (قوله: وسَوَّى بينهما في "الكنز") حيث قال^(٥): ((وإذا ثبتَ الحقُّ للمدَّعي أمره بَدْفَع ما عليه، فإنَّ أبَى حَبْسَهُ))، وعبارةُ متنِ "الدرر"^(٥) أصرَّح، وهي: ((وإذا ثبتَ الحقُّ على^(٦) الخصمُ بإقراره أو ببيِّنة أمره بَدْفَعه إلخ)). وفي "كافي الحاكم": ((ولا يُحبسُ الغريمُ في أوَّل ما يقدِّمه إلى القاضي، ولكن يقول له: قُمْ فَأَرْضِيهِ، فإنَّ عادَ به إليه حَبْسَهُ)) اهـ.

[٢٦١٤٧١] (قوله: واستحسنه "الزَّليعي") حيث قال^(٧): ((والأحسنُ ما ذكره هنا - أي: في "الكنز" - فإنه يُؤمَرُ بالإيفاء مطلقاً؛ لأنَّه يُحتملُ أنْ يُوفِّي، فلا يُعجلُ بحَبْسِهِ قبلَ أنْ يتبيَّن له حاله بالأمرِ والمطالبة^(٨))).

[٢٦١٤٨١] (قوله: وهو المذهب عندنا) صرَّح بذلك في "شرح أدب القضاء"^(٩)، وقال: ((إنَّ التَّسويةَ بينهما رواية)).

قلت: لكنَّ سمعتَ عبارةَ "كافي الحاكم"، وهو الجامعُ لكُتُبِ "ظاهر الرواية"، إلَّا أنَّ عبارته ظاهرها التَّسوية، فيمكنُ إرجاعها إلى ما في "الهداية"، فلا يُنافي قوله: ((وهو المذهب))، تأمَّل.

(١) "الهداية": كتاب القضاء - فصل في الحبس ١٠٤/٣.

(٢) انظر "شرح الوقاية": كتاب القضاء ٦٥/٢ هامش "كشف الحقائق".

(٣) "البحر": كتاب القضاء - فصل في الحبس ٣٠٨/٦.

(٤) انظر "شرح العيني على الكنز": كتاب القضاء - فصل: وإذا ثبت الحق للمدعي أمره بدفع ما عليه إلخ ٨٦/.

(٥) "الدرر والغرر": كتاب القضاء ٤٠٧/٢.

(٦) في "أ": ((وإذا ثبت الحق للمدعي على إلخ)).

(٧) "تبيين الحقائق": كتاب القضاء - فصل في الحبس ١٨٠/٤.

(٨) في "الأصل": ((بالأمر بالمطالبة)).

(٩) "شرح أدب القاضي" للصدر الشهيد: الباب الحادي والثلاثون في الحبس في الدين ٣٦٠/٢ بتصرف.

قلت: وفي "مُنية المفتي": ((لو ثَبَتَ بَيِّنَةٌ يُحْبَسُ فِي أَوَّلِ مَرَّةٍ، وبالإقرار يُحْبَسُ فِي الثَّانِيَةِ والثَّالِثَةِ دُونَ الْأَوَّلَى، فَلْيَكُنِ التَّوْفِيقُ)). (وَيُحْبَسُ) المَدْيُونُ.....

[٢٦١٤٩] (قوله: فليكن التوفيق) لم يَظْهَرْ لَنَا وَجْهُهُ، عَلَى أَنَّ مَا نَقَلَهُ عَنْ "مُنية المفتي" لَمْ أَجِدْهُ فِيهَا، بَلْ عِبَارَتُهَا هَكَذَا: ((وَلَا يُحْبَسُ فِي أَوَّلِ مَا يَتَقَدَّمُ إِلَيْهِ، وَيَقُولُ لَهُ: قُمْ فَأَرْضِهِ، فَإِنْ عَادَ إِلَيْهِ حَبَسَهُ)) اهـ. وهي عبارة "الكافي" المارَّة^(١)، ثُمَّ رَأَيْتُ بَعْضَهُمْ نَبَّهَ عَلَى مَا ذَكَرْتُهُ.

[٢٦١٥٠] (قوله: وَيُحْبَسُ المَدْيُونُ إلخ) اعْلَمْ أَنَّ المَدْعَى إِذَا ادَّعَى دَيْنًا وَأَثْبَتَهُ يُؤْمَرُ المَدْيُونُ بِدَفْعِهِ، فَإِنْ أَبَى وَطَلَبَ المَدْعَى حَبْسَهُ وَهُوَ غَنِيٌّ يُحْبَسُ، ثُمَّ إِنْ كَانَ الدَّيْنُ ثَمَنًا وَنَحْوَهُ مِنَ الْأَرْبَعَةِ الْمَذْكُورَةِ فِي "المتن"، وَادَّعَى المَدْيُونُ الْفَقْرَ لَا يُصَدَّقُ؛ لِأَنَّ إِقْدَامَهُ عَلَى الشِّرَاءِ وَنَحْوِهِ مِمَّا ذَكَرَ دَلِيلٌ عَلَى عَدَمِ فَقْرِهِ فَيُحْبَسُ، إِلَّا إِذَا كَانَ فَقْرُهُ ظَاهِرًا كَمَا سَيَأْتِي^(٢)، وَإِنْ كَانَ الدَّيْنُ غَيْرَ الْأَرْبَعَةِ الْمَذْكُورَةِ وَادَّعَى الْفَقْرَ فَالْقَوْلُ لَهُ، وَلَا يُحْبَسُ، إِلَى آخِرِ مَا سَيَجِيءُ^(٣).

(تنبيه)

أُطْلِقَ المَدْيُونُ فَشَمِلَ المُكَاتَبَ وَالْعَبْدَ المَأْذُونُ وَالصَّبِيَّ المَحْجُورَ، فَإِنَّهُمْ يُحْبَسُونَ، لَكِنَّ الصَّبِيَّ لَا يُحْبَسُ بِدَيْنِ الاستهلاكِ، بَلْ [٢٠٦٣/١] يُحْبَسُ والدُّهُ أَوْ وَصِيَّتُهُ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ أَمْرَ القَاضِي رَجُلًا يَبِيعُ مَالَهُ فِي دَيْنِهِ، كَذَا فِي "الْبَزَارِيَّة"^(٤)، "بَحْر"^(٥).

قلت: وَحَبْسُ والدِّهِ أَوْ وَصِيَّتِهِ بِدَيْنِ الاستهلاكِ إِنَّمَا هُوَ حَيْثُ كَانَ لِلصَّبِيِّ مَالٌ وَامْتَنَعَ الأبُ أَوْ الوَصِيُّ مِنْ بَيْعِهِ، أَمَّا إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ فَلَا حَبْسَ كَمَا يُعْلَمُ مِنْ آخِرِ الْعِبَارَةِ، وَهُوَ ظَاهِرٌ،

(١) المقولة [٢٦١٤٦] قوله: ((وَسَوَّى بَيْنَهُمَا فِي "الكنز")).

(٢) المقولة [٢٦١٨٩] قوله: ((وَلَوْ فَقَرُهُ ظَاهِرًا إلخ)).

(٣) المقولة [٢٦١٦٣] قوله: ((لَا يُحْبَسُ فِي غَيْرِهِ)) وَمَا بَعْدَهَا.

(٤) "البرازية": كِتَابُ آدَبِ الْقَاضِي - الْفَصْلُ الْعَاشِرُ فِي الْحَبْسِ، وَفِيهِ أَرْبَعَةُ أَنْوَاعٍ ٢٢٣/٥ (هَامِشُ "الْفَتَاوَى الْهِنْدِيَّة").

(٥) "البحر": كِتَابُ الْقَضَاءِ - فَصْلُ فِي الْحَبْسِ ٣١٠/٦.

(في) كلَّ دَيْنٍ هُوَ بَدَلُ مَالٍ أَوْ مُتَرَمَّ بِعَقْدٍ، "درر"^(١)، و"مجمع"، و"ملتقى"^(٢).....

والقولُ له: إِنَّهُ فَقِيرٌ؛ لِأَنَّ دَيْنَ الاستهلاكِ مِمَّا لَا يُحْبَسُ بِهِ إِذَا ادَّعَى الْفَقْرَ كَمَا يَأْتِي^(٣)، وَسَيَذْكُرُ "الشارحُ" آخَرَ الْبَابِ^(٤) نَظْمًا مِّنْ لَا يُحْبَسُ، وَفِيهِ تَفْصِيلٌ لِلثَّلَاثَةِ الْمَذْكُورِينَ.

[٢٦١٥١] (قوله: فِي كُلِّ دَيْنٍ هُوَ بَدَلُ مَالٍ) كَثَمَنَ الْمُبِيعُ وَبَدَلَ الْقَرْضِ، وَقَوْلُهُ: ((أَوْ مُتَرَمَّ بِعَقْدٍ)) كَالْمَهْرِ وَالْكَفَالَةِ، وَهُوَ مِنْ عَطَفِ الْعَامِّ عَلَى الْخَاصِّ، فَلَوْ اقْتَصَرَ عَلَيْهِ - كَمَا وَقَعَ فِي بَعْضِ الْكُتُبِ - لَأَغْنَاهُ عَمَّا قَبْلَهُ.

زَادَ فِي "البحر"^(٥) عَنْ "الْقَلَانَسِيِّ": ((وَفِي كُلِّ عَيْنٍ يَقْدِرُ عَلَى تَسْلِيمِهَا))، وَسَيَأْتِي^(٦) فِي كَلَامِ "الشارحِ".

ثُمَّ عَلِمَ أَنَّ هَذِهِ الْعِبَارَةَ الَّتِي عَزَاهَا "الشارحُ" إِلَى "الدُّرَرِ" وَ"الْمَجْمَعِ" وَ"الْمُلْتَقَى" أَصْلَهَا لـ "الْقُدُورِيِّ"^(٧)، عَدَلَ عَنْهَا "صَاحِبُ الْكَتَرِ"^(٨) إِلَى قَوْلِهِ: ((فِي الثَّمَنِ وَالْقَرْضِ وَالْمَهْرِ الْمُعَجَّلِ وَمَا التَّزَمَهُ بِالْكَفَالَةِ))، وَتَبِعَهُ "الْمُصَنِّفُ" لَوْجِهَيْنِ ثَبَتَ عَلَيْهِمَا فِي "النَّهْرِ"^(٩): ((الْأَوَّلُ: أَنَّ قَوْلَهُ: ((بَدَلُ مَالٍ)) يَدْخُلُ فِيهِ بَدَلُ الْمَغْصُوبِ وَضَمَانُ الْمُتَلَفَاتِ. وَالثَّانِي: أَنَّ قَوْلَهُ: ((أَوْ مُتَرَمَّ بِعَقْدٍ)) يَدْخُلُ فِيهِ أَيْضًا مَا التَّزَمَهُ بِعَقْدِ الصُّلْحِ عَنْ دَمِ الْعَمْدِ وَالْخُلْعِ، مَعَ أَنَّهُ لَا يُحْبَسُ فِي هَذِهِ الْمَوَاضِعِ إِذَا ادَّعَى الْفَقْرَ)) اهـ.

(١) "الدُّرَرُ وَالْغُرَرُ": كِتَابُ الْقَضَاءِ ٤٠٧/٢ بِنَتَصَرَفِ.

(٢) "مُلْتَقَى الْأَمْرِ": كِتَابُ الْقَضَاءِ - فَصْلٌ: وَإِذَا ثَبِتَ الْحَقُّ لِلْمُدْعَى إِلَيْهِ ٢٢/٢ بِنَتَصَرَفِ.

(٣) الْمَقُولَةُ [٢٦١٦٥] قَوْلُهُ: ((وَمَغْصُوبٍ)).

(٤) ص-٥٢٨ - وَمَا بَعْدَهَا "دَرْ".

(٥) "الْبَحْرُ": كِتَابُ الْقَضَاءِ - فَصْلٌ فِي الْحَبْسِ ٣٠٩/٦.

(٦) ص-٣٧٧ - "دَرْ".

(٧) انْظُرِ "الْيَابِ فِي شَرْحِ الْكِتَابِ": كِتَابُ أَدَبِ الْقَاضِي ٨٢/٤.

(٨) انْظُرِ "شَرْحَ الْعَيْنِ عَلَى الْكَتَرِ": كِتَابُ الْقَضَاءِ - فَصْلٌ: وَإِذَا ثَبِتَ الْحَقُّ لِلْمُدْعَى ٨٦/٢.

(٩) "النَّهْرُ": كِتَابُ الْقَضَاءِ - فَصْلٌ فِي الْحَبْسِ ٤٣١/ب بِنَتَصَرَفِ.

مثل (الثمن) ولو لمنفعة كالأجرة (والقرض) ولو للذمي (والمهر المعجل، وما لزمه بكفالة)

وصرح "الشارح" بعد أيضاً: ((بأنه لا يُحبس فيها))، فكان عليه عدم ذكر هذه العبارة، لكن ما ذكره في "النهر" غير مسلم: أما الأول فلأن المراد بدل مال حصل في يد المدين كما سيأتي^(١)، فيكون دليلاً على قدرته على الوفاء، بخلاف ما استهلكه من الغصب. وأما الثاني فلأنه يُحبس في الصلح والخلع كما تعرفه، فالأحسن ما فعله "الشارح" تبعاً لـ "الزيلعي"^(٢)؛ ليفيد أن الأربعة التي في "المن" غير قيد احترازي، فافهم. لكن "الشارح" نقض هذا فيما ذكره بعد^(٣) كما تعرفه.

(قوله: [٢٦١٥٢] مثل الثمن شمل الثمن ما على المشتري، وما على البائع بعد فسخ البيع بينهما بإقالة أو خيار، وشمل رأس مال السلم بعد الإقالة، وما إذا قبض المشتري المبيع أولاً، "بحر"^(٤)).

[٢٦١٥٣] (قوله: كالأجرة) لأنها ثمن المنافع، "بحر"^(٤). فإن المنفعة وإن كانت غير مال لكنها تقوم في باب الإحارة للضرورة.

[٢٦١٥٤] (قوله: ولو للذمي) يرجع إلى الثمن والقرض. وكان المناسب ذكره عقب قوله: ((ويحبس المدين)). قال في "البحر"^(٤): ((أطلقه فأفاد أن المسلم يُحبس بدين الذمي والمستأمن وعكسه)) اهـ.

[٢٦١٥٥] (قوله: والمهر المعجل) أي: ما شرط تعجيله أو تُعورَف، "نهر"^(٥).

[٢٦١٥٦] (قوله: وما لزمه بكفالة) استثنى منه في "الشربلية"^(٦) كفيل أصبه كما لو كفّل

(١) المقولة [٢٦١٦٢] قوله: ((نعم عُدّه في "الاختيار" لبذل الخلع هنا خطأ)).

(٢) "تبيين الحقائق": كتاب القضاء - فصل في الحبس ١٨٠/٤ - ١٨١.

(٣) ص ٣٧٧ - "در".

(٤) "البحر": كتاب القضاء - فصل في الحبس ٣٠٩/٦.

(٥) "النهر": كتاب القضاء - فصل في الحبس ٤٣١/ب.

(٦) "الشربلية": كتاب القضاء ٤٠٧/٢ هامش "الدرر والغرر"، وذكر في "الشربلية" أن له رسالة في هذه المسألة.

ولو بالدَّرَكِ أو كَفِيلِ الكَفِيلِ وإنْ كَثُرُوا، "بِرَّازِيَّة" ^(١)؛ لِأَنَّهُ التَّرَمُّ بِعَقْدِ كَالْمَهْرِ،

أباه أو أمه، أي: فَإِنَّهُ لَا يُحْبَسُ مُطْلَقاً لِمَا يَلْزَمُ عَلَيْهِ مِنْ حَبْسِ الْأَبِ مَعَهُ، وَفِيهِ كَلَامٌ قَدَمْنَاهُ ^(٢) فِي الْكِفَالَةِ.

[٢٦١٥٧] {قَوْلُهُ: وَلَوْ بِالْذَّرَكِ} هُوَ الْمَطَالِبَةُ بِالْثَمَنِ عِنْدَ اسْتِحْقَاقِ الْمَبِيعِ، وَهَذَا ذِكْرُهُ فِي "النَّهْرِ" ^(٣) أَخْذًا مِنْ إِطْلَاقِ الْكِفَالَةِ، ثُمَّ قَالَ ^(٤): ((وَلَمْ أَرَهُ صَرِيحاً)).

[٢٦١٥٨] {قَوْلُهُ: أَوْ كَفِيلِ الْكَفِيلِ} بِالنَّصْبِ خَبَرٌ لـ ((كَانَ)) الْمَقْدَرَةِ بَعْدَ ((لَوْ))، فَهُوَ دَاخِلٌ تَحْتَ الْمِبَالَعَةِ، أَيْ: وَلَوْ كَانَ كَفِيلُ الْكَفِيلِ، فَدَخَلَ تَحْتَ الْمِبَالَعَةِ الْأَصِيلُ وَكَفِيلُهُ. قَالَ فِي "الْبَحْرِ" ^(٥): ((وَأَشَارَ الْمُؤَلِّفُ إِلَى حَبْسِ الْكَفِيلِ وَالْأَصِيلِ مَعاً: الْكَفِيلُ بِمَا التَّرَمُّ، وَالْأَصِيلُ بِمَا لَزِمَهُ بَدَلًا عَنْ مَالٍ، وَلِلْكَفِيلِ بِالْأَمْرِ حَبْسُ الْأَصِيلِ إِذَا حَبِسَ، كَذَا فِي "الْمَحِيطِ". وَفِي "الْبِرَّازِيَّة" ^(٦): يَتِمَكَّنُ الْمَكْفُولُ لَهُ مِنْ حَبْسِ الْكَفِيلِ وَالْأَصِيلِ وَكَفِيلِ الْكَفِيلِ وَإِنْ كَثُرُوا)) اهـ.

[٢٦١٥٩] {قَوْلُهُ: لِأَنَّهُ التَّرَمُّ بِعَقْدٍ} أَيْ: لِأَنَّ الْكَفِيلَ التَّرَمَّ الْمَالِ بِعَقْدِ الْكِفَالَةِ، وَكَذَا كَفِيلُهُ، وَقَوْلُهُ: ((كَالْمَهْرِ)) أَيْ: فَإِنَّ الزَّوْجَ التَّرَمُّ بِعَقْدِ النِّكَاحِ، فَكُلُّ مِنْهُمَا وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُبَادَلَةً مَالٍ بِمَالٍ لَكِنَّهُ مُلتَزِمٌ بِعَقْدٍ، وَالتَّعْلِيلُ الْمَذْكُورُ لِثُبُوتِ حَبْسِهِ بِمَا ذُكِرَ وَإِنْ ادَّعَى الْفَقْرَ، فَإِنَّ التَّرَمُّ ذَلِكَ بِالْعَقْدِ دَلِيلُ الْقُدْرَةِ عَلَى الْأَدَاءِ؛ لِأَنَّ الْعَاقِلَ لَا يَلْتَزِمُ مَا لَا قُدْرَةَ لَهُ عَلَيْهِ، فَيُحْبَسُ وَإِنْ ادَّعَى الْفَقْرَ؛ لِأَنَّهُ كَالْمُتَنَاقِضِ؛ لَوْجُودِ دَلَالَةِ الْيَسَارِ.

وظَهَرَ بِهِ [٢٠٦/٣] وَجْهُ حَبْسِهِ أَيْضاً بِالثَّمَنِ وَالْقَرْضِ؛ لِأَنَّهُ إِذَا ثَبَتَ الْمَالُ بِيَدِهِ ثَبَتَ غِنَاهُ بِهِ،

(١) "البرازية": كتاب أدب القاضي - الفصل العاشر في الحبس ٢٢٣/٥ بتصرف (هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) المقولة [٢٥٦٢٠] قوله: ((هذا إذا كفَّلَ بأمره إلخ)).

(٣) "النهر": كتاب القضاء - فصل في الحبس ٤٣١/ب.

(٤) "البحر": كتاب القضاء - فصل في الحبس ٣٠٩/٦.

(٥) "البرازية": كتاب أدب القاضي - الفصل العاشر في الحبس ٢٢٣/٥ (هامش "الفتاوى الهندية").

هذا هو المعتمد، خلافاً لفتوى "قاضي خان"؛ لتقديم المتون والشروح على الفتاوى، "بحر"^(١)، فليحفظ.

أفاذ ذلك في "الفتح"^(٢) وغيره، والأخير مبني على التمسك بالأصل، فإن الأصل بقاؤه في يده. (٢٦١٦٠) (قوله: هذا هو المعتمد) الإشارة إلى ما في "المتن": ((من أنه يحبس في الأربعة المذكورة وإن ادعى الفقر))، وهذا أحد خمسة أقوال، ثانيها ما في "الخانية"^(٣). ثالثها: القول للمدوين في الكل، أي: في الأربعة وفي غيرها مما يأتي. رابعها: للدائن في الكل. خامسها: أنه يحكم الرّي - أي: الهيئة - إلا الفقهاء والعلوية؛ لأنهم يتزوّنون بزّي الأغنياء وإن كانوا فقراء صيانةً لما وجّههم كما في "أنفع الوسائل"^(٤).

مطلب: إذا تعارض ما في المتون والفتاوى فالمعتمد ما في المتون

(٢٦١٦١) (قوله: خلافاً لفتوى "قاضي خان") حيث قال^(٥): ((إن كان الدّين بدلاً عن

مال كالقرض وثمن المبيع فالقول للمُدّعي، وعليه الفتوى، وإن لم يكن بدلاً مال فالقول للمدوين)) اهـ. وعليه فلا يحبس في المهر والكفالة.

قال في "البحر"^(٦): ((وهو خلاف مختار "المصنف" تبعاً له "صاحب الهداية"^(٧)، وذكر "الطرّسوسي"^(٨) في "أنفع الوسائل"^(٩): أنه - أي: ما في "الهداية" - المذهب المفتى به،

(١) "البحر": كتاب القضاء - فصل في الحبس ٣١٠/٦.

(٢) "الفتح": كتاب أدب القاضي - فصل في الحبس ٣٧٦/٦.

(٣) "الخانية": كتاب الدعوى والبيّنات - باب الدعوى ٣٧٣/٢ (هامش "الفتاوى الهندية")، وسيأتي في المقالة التالية.

(٤) "أنفع الوسائل": مسألة الحبس في الديون ص ٢٣٣ - ٢٣٤.

(٥) "الخانية": كتاب الدعوى والبيّنات - باب الدعوى ٣٧٣/٢ بتصرف (هامش "الفتاوى الهندية").

(٦) "البحر": كتاب القضاء - فصل في الحبس ٣١٠/٦.

(٧) "الهداية": كتاب أدب القاضي - فصل في الحبس ١٠٤/٣.

(٨) "أنفع الوسائل": مسألة الحبس في الديون ص ٣٣٧.

نعم عدُّه في "الاختيار" لبدل الخلع هنا خطأ، فتنبّه، وزاد "القلائسي": ((أنه يُحبس أيضاً في كلِّ عَيْنٍ يَقْدِرُ على تسليمها كالْعَيْنِ المغصوبة)).

فقد اختلف الإفتاء فيما التزمه بعقد ولم يكن بدل مال، والعمل على ما في المتن؛ لأنه إذا تعارض ما في المتن والفتاوى فالمعتمد ما في المتن كما في "أنفع الوسائل"، وكذا يُقدّم ما في الشروح على ما في الفتاوى)) اهـ.

قلت: وما في "الخائنة" نقل في "أنفع الوسائل"^(١) عن "المبسوط"^(٢): ((أنه "ظاهر الرواية")). [٢٦١٦٢٧] قوله: نعم عدُّه في "الاختيار" لبدل الخلع هنا خطأ ((عدُّه)) بالرفع مبتدأ، واللام في ((لبدل)) متعلّق به، و((خطأ)) خبر المبتدأ. وفي بعض النسخ^(٣): ((كبدل)) بالكاف، وهو تحريف، وقوله: ((هنا)) أي: فيما يكون القول فيه للمدعي كالمسائل الأربع. وعبارة "الاختيار"^(٤) هكذا: ((وإن قال المدعي: هو مؤسّر، وهو يقول: أنا مُعسّر فإن كان القاضي يعرف يساره أو كان الدين بدل مال كالثمن والقرض أو التزمه بعقد كالمهر والكفالة وبدل الخلع ونحوه حبسه؛ لأن الظاهر بقاء ما حصل في يده، والتزامه بدل على القدرة^(٥))).

قوله: فقد اختلف الإفتاء إلخ فيه: أن غاية ما أفاده هو أن الفتوى على حبسه في المهر، ولم يذكر أيضاً أن الفتوى على عدم حبسه فيه، بل حكاه "صاحب البحر" عن "الخائنة" بدون تدليله بأن الفتوى عليه، فعبارتها لا تدل على أن الفتوى على عدمه فيه وإن فهمه منها "صاحب البحر"، حيث قال بعدما ذكرها: ((فقد علمت أن الفتوى على الأوّل وهو عدم الحبس، إلّا فيما كان بدلاً عن مال، فلا يُحبس في المهر والكفالة على المفتى به، وهو خلاف مختار المصنف تبعاً لـ "صاحب الهداية")).

(١) "أنفع الوسائل": مسألة الحبس في الديون ص ٣٣٠ - ٣٣١ - بتصرف.

(٢) "المبسوط": كتاب الكفالة - باب الحبس في الدين ٨٨/٢٠ - ٨٩ بتصرف، ووجه ظاهر الرواية - كما في "أنفع الوسائل" - أن المطلوب متمسك بالأصل، وهو الإفلاس.

(٣) كما في نسخة "د".

(٤) "الاختيار": كتاب أدب القاضي - فصل: وإذا رفع إليه قضاء إلخ ٩٠/٢.

(٥) في "م": ((لقدرة)) دون ألف، وهو خطأ.

ثم أعلم أنَّ ما ذكره "الشارح" من التَّحْطِيطِ أَصْلُهَا لـ "الطَّرْسُوسِي" في "أنفع الوسائل"، وَتَبَعَهُ فِي "البحر" ^(١) و"النهر" ^(٢) وغيرهما، وَأَقْرُوهُ عَلَى ذَلِكَ، وَذَلِكَ غَيْرُ وَارِدٍ، وَبَيَّانُ ذَلِكَ: أَنَّ "الطَّرْسُوسِي" ^(٣) ذَكَرَ مَسْأَلَةَ اخْتِلَافِ الْمُدَّعِي وَالْمُدَّعَى عَلَيْهِ فِي الْفَقْرِ وَعَدَمِهِ، وَنَقَلَ عِبَارَاتِ الْكُتُبِ، مِنْهَا كِتَابُ "اختلف الفقهاء" ^(٤) لـ "الطَّحَاوِي": ((أَنَّ كُلَّ دَيْنٍ أَصْلُهُ مِنْ مَالٍ وَقَعَ فِي يَدِ الْمُدْيُونِ كَأَثْمَانِ الْبِيعَاتِ وَالْقُرُوضِ وَنَحْوِهَا حَبْسَةً، وَمَا لَمْ يَكُنْ أَصْلُهُ كَذَلِكَ كَالْمَهْرِ وَالْخُتْعِ وَالصُّلْحِ عَنْ دَمِ الْعَمْدِ وَنَحْوِهِ لَمْ يَحْبِسْهُ حَتَّى يَثْبُتَ مَلَأَتُهُ)) اهـ. وَنَقَلَ ^(٥) نَحْوَهُ عَنْ مَتْنِ "البحر المحيط" ^(٦) وَغَيْرِهِ.

وَذَكَرَ ^(٧) عَنْ "السَّعْنَاقِي" ^(٨) وَغَيْرِهِ حِكَايَةَ قَوْلِ آخَرٍ أَيْضًا، وَهُوَ: ((أَنَّ كُلَّ دَيْنٍ لَزِمَهُ بَعْقِدٌ فَالْقَوْلُ فِيهِ لِلْمُدَّعِي، وَكُلُّ دَيْنٍ لَزِمَهُ خُكْمًا لَا بِمَبَاشَرَةِ الْعَقْدِ فَالْقَوْلُ فِيهِ لِلْمُدْيُونِ، قَالُوا: وَهَذَا الْقَوْلُ لَا فَرْقَ فِيهِ بَيْنَ مَا ثَبَتَ بَدَلًا عَنْ مَالٍ أَوْ لَا)).

ثُمَّ إِنَّ "الطَّرْسُوسِي" ^(٩) قَالَ: ((إِنَّ "صَاحِبَ الْاِخْتِيَارِ" أَخْطَأَ حَيْثُ جَعَلَ بَدَلَ الْخُتْعِ كَالثَّمَنِ وَالْقَرْضِ فِي أَنَّ الْقَوْلَ فِيهِ لِلْمُدَّعِي، وَهُوَ مُخَالِفٌ لِمَا نَقَلْنَاهُ عَنْ اخْتِلَافِ الْفُقَهَاءِ لـ "الطَّحَاوِي" وَمَتْنِ "البحر المحيط" وَغَيْرِهِ. وَأَيْضًا فَإِنَّ الْخُتْعَ لَيْسَ بَدَلًا عَنْ مَالٍ))، هَذَا حَاصِلُ كَلَامِهِ.

(١) "البحر": كتاب القضاء - فصل في الحبس ٣١٠/٦.

(٢) "النهر": كتاب انقضاء - فصل في الحبس ق ٤٣١/ب.

(٣) "أنفع الوسائل": مسألة الحبس في الديون ص ٣٣٦ - بتصرف.

(٤) انظر "مختصر اختلاف العلماء": كتاب القضاء والشهادات - مسألة: متى يحبس المدين؟ ٣٩٤/٣، وفيه: ((العروض)) بدل ((القروض)).

(٥) أي: الطرسوسي في "أنفع الوسائل": ٣٣٧/١.

(٦) "البحر المحيط" هو نفسه "منية الفقهاء"، وهو أصل "القنية"، وتقدم الكلام عليه ١٩٥/١.

(٧) أي: صاحب "أنفع الوسائل": ص ٣٣٤.

(٨) في "ب" و"م": ((السفناقي))، بالفاء، وهو خطأ، وهو صاحب "النهاية شرح الهداية"، وتقدم الكلام عليه مطولاً ٢٦٣/١.

(٩) "أنفع الوسائل": مسألة الحبس في الديون ص ٣٣٩.

وإذا أُمِنَتْ النَّظَرُ تَعَلَّمَ أَنَّهُ كَلَامٌ سَاقِطٌ، فَإِنَّ مَا ذَكَرَهُ عَنْ اخْتِلَافِ الْفُقَهَاءِ وَمِنْ "الْبَحْرِ الْمَحِيطِ" وَغَيْرِهِ هُوَ الْقَوْلُ الَّذِي مَرَّ^(١) عَنْ "قَاضِي خَانٍ"، وَمَا ذَكَرَهُ عَنْ "السَّغْنَقِيِّ"^(٢) وَغَيْرِهِ هُوَ الَّذِي مَشَى عَلَيْهِ "الْقُلُورِيُّ"^(٣)، وَنَقَلَهُ "الشَّارَحُ"^(٤) عَنْ "الدَّرَرِ" وَ"الْمَجْمَعِ" وَ"الْمُلْتَقَى"، فَالْقَوْلُ الْأَوَّلُ اعْتَبَرَ فِي كَوْنِ الْقَوْلِ لِلْمُدَّعِي كَوْنَ الدَّيْنِ بَدَلًا عَنْ مَالٍ حَصَلَ فِي يَدِ الْمَدْيُونِ، وَلَمْ يُعْتَبَرُ كَوْنُهُ بِعَقْدٍ، وَلَا شَكٌّ أَنَّ الْمَهْرَ وَبَدَلَ الْخُلْعِ وَالصُّلْحَ عَنْ دَمِ الْعَمْدِ وَإِنْ كَانَ بِعَقْدٍ لَكِنَّهُ لَيْسَ بِدَلٍّ مَالٍ، فَلَا يَكُونُ الْقَوْلُ فِيهِ لِلْمُدَّعِي [١/٢٠٧٣/٣] بَلْ لِلْمَدْيُونِ، فَلَا يُحْبَسُ فِيهِ. وَالْقَوْلُ الثَّانِي اعْتَبَرَ كَوْنَ الدَّيْنِ مُلْتَزِمًا بِعَقْدٍ سِوَاكَ كَانَ بَدَلٌ مَالٍ أَوْ غَيْرُهُ، وَلَا شَكَّ أَنَّ الْخُلْعَ مُلْتَزِمَ بِعَقْدٍ كَالْمَهْرِ، فَيَكُونُ الْقَوْلُ فِيهِ لِلْمُدَّعِي، وَالَّذِينَ صَرَّحُوا بِأَنَّ بَدَلَ الْخُلْعِ لَا يُحْبَسُ فِيهِ الْمَدْيُونُ هُمْ أَهْلُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ، فَجَعَلُوهُ كَالْمَهْرِ لَكُونِ كُلِّ مِنْهُمَا لَيْسَ بِدَلٍّ مَالٍ. وَقَدْ عَلِمْتَ أَنَّ "صَاحِبَ الْإِخْتِيَارِ" مِنْ أَهْلِ الْقَوْلِ الثَّانِي، فَإِنَّهُ اعْتَبَرَ الْعَقْدَ كَمَا قَدَّمْنَاهُ^(٥) عَنْهُ، فَلِذَا جَعَلَ الْقَوْلَ لِلْمُدَّعِي فِي الْمَهْرِ وَالْكَفَالَةِ وَالْخُلْعِ، وَيَمْرُزُ مِنْهُ أَيْضًا أَنَّ يَكُونُ الصُّلْحُ عَنْ دَمِ الْعَمْدِ كَذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ بِعَقْدٍ، وَحِينَئِذٍ فَاعْتَرَضَ "الطَّرْسُوسِيُّ" عَلَى "صَاحِبِ الْإِخْتِيَارِ" بِمَا حَكَاهُ أَهْلُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ سَاقِطٌ، فَإِنَّ "صَاحِبَ الْإِخْتِيَارِ" لَمْ يَقُلْ بِقَوْلِهِمْ حَتَّى يُعْتَرِضَ عَلَيْهِ بِذَلِكَ، بَلْ قَالَ بِالْقَوْلِ الثَّانِي كِبَقِيَّةِ أَصْحَابِ التَّنُونِ، غَيْرَ أَنَّهُ زَادَ عَلَى التَّنُونِ التَّصْرِيحَ بِالْخُلْعِ لِدُخُولِهِ تَحْتَ الْعَقْدِ، وَتَبَعَهُ فِي "الدَّرَرِ"^(٦)، كَيْفَ وَ"صَاحِبُ الْإِخْتِيَارِ" إِمَامٌ كَبِيرٌ مِنْ مَشَايِخِ الْمَذْهَبِ وَمِنْ أَصْحَابِ التَّنُونِ الْمُعْتَبَرَةِ؟! وَأَمَّا "الطَّرْسُوسِيُّ" فَلَقَدْ صَدَّقَ فِيهِ قَوْلَ الْمُحَقِّقِ "ابْنِ الْهَمَامِ"^(٧):

(قوله: غير أنه زاد على المتن التصريح بالخلع إلخ) رأيتُ التصريح به في "المنبع".

(١) في المقولة السابقة.

(٢) في "ب" و"م": ((السفناقي)) بالفاء، وهو خطأ.

(٣) انظر "اللباب في شرح الكتاب": كتاب أدب القاضي ٨٢/٤.

(٤) ص ٣٧٢ - ٣٧٣ - "در".

(٥) في هذه المقولة.

(٦) "الدرر والغرر": كتاب القضاء ٤٠٧/٢.

(٧) لم نعتبر على هذا القول في كتابه "فتح القدير".

(لا) يُحْبَسُ (في غيره) أي: غير ما ذكر، وهو تسع صور: بَدَلُ خُلْعٍ، ومغضوب،

((إنه لم يكن من أهل الفقه))، فافهم، واغْنَمْ تحقيقَ هذا الجواب، فإنك لا تجدُه في غير هذا الكتاب، والحمد لله مُلْهِمُ الصَّواب.

ثم بعد مُدَّةٍ رأيتُ في "مختصر أنفع الوسائل" لـ "الزُّهري" ^(١) ردَّ على "الطَّرسوسي" بنحو ما قلنا، ولله الحمد.

[٢٦١٦٣] (قوله: لا يُحْبَسُ في غيره) أي: إن ادَّعى الْفَقْرُ كما يأتي ^(٢).

[٢٦١٦٤] (قوله: بَدَلُ خُلْعٍ) الصَّوابُ إسقاطُه كما عَلِمْتُ من أَنَّهُ من القسمِ الأوَّل.

[٢٦١٦٥] (قوله: ومغضوب) بالجرِّ عطفاً على ((خُلْعٍ))، وكذا ما بعده، أي: وبدل مغضوب، أي إذا ثَبَتَ استهلاكُه للمغضوب ولزِمَهُ بدْلُهُ مِنَ الْقِيَمَةِ أو المثلِ وادَّعى الْفَقْرُ لا يُحْبَسُ؛ لأنَّه وإن كان بدلُ مالٍ دَخَلَ في يده لكنَّه باستهلاكه لم يَبْقَ في يده حتَّى يَدُلَّ على قُدْرَتِهِ على الإيفاء، بخلافِ ثَمَنِ المبيع، فإنَّ المبيعَ دَخَلَ في يده، والأصلُ بقاؤه كما مرَّ ^(٣)، فلذا يُحْبَسُ فيه، وبخلافِ العَيْنِ المغصوبةِ القادرِ على تسليمها، فإنَّه يُحْبَسُ أيضاً على تسليمها كما قَدَّمَهُ ^(٤) آنفاً عن "تهذيب القلانسي"، فلا مُنافاةَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ ما هنا. قال في "أنفع الوسائل" ^(٥): ((وقولهم: أو ضمانُ المغضوبِ معناه: إذا اعترفَ بِالْغَصْبِ وقال: إنَّه فقيرٌ، وتصادفاً على الهلاكِ،

(قوله: بخلافِ ثَمَنِ المبيع، فإنَّ المبيعَ دَخَلَ في يده إلخ) مُقتضى ما ذكره: أَنَّهُ لو تَحَقَّقَ خروجُه من يده بالاستهلاكِ أو الهلاكِ أو نحو ذلك أنْ يُصَدَّقَ المشتري في دَعْوَاهُ الْفَقْرَ، وسيأتي له قَبُولُ الْبَيِّنَةِ على إعسارِ حادثٍ ولو قَبِلَ الْحَبْسَ.

(١) كذا في السخ جميعها، وفي "كشف الظنون" ١٨٣/١، ١٤٩٧/٢، و"إيضاح المكنون" ٣٧١/٢: ((محمد بن محمد الزهري، بياض واحدة))، واسم مختصره "كفاية السائل من أنفع الوسائل".

(٢) ص ٣٨٤. وما بعدها "در".

(٣) المقولة [٢٦١٥١] قوله: ((في كُلِّ دَيْنٍ هو بَدَلُ مالٍ)).

(٤) ص ٣٧٧. "در".

(٥) "أنفع الوسائل": مسألة الحبس في الديون ص ٣٤٠. بتصرف.

وَمُتَلَفٍ، وَدَمٍ عَمْدٍ،.....

أَوْ حُبْسٍ لِأَجْلِ الْعِلْمِ بِالْهَلَاكِ فَإِنَّ الْقَوْلَ لِلْعَاصِبِ فِي الْعُسْرَةِ، هَكَذَا ذَكَرَهُ "السَّغْنَائِيُّ"^(١) وَ"تَاجُ الشَّرِيعَةِ" وَ"حَمِيدُ الدِّينِ الضَّرِيرُ"^(٢) اهـ.

٣١٧/٤

[٢٦١٦٦] (قَوْلُهُ: وَمُتَلَفٍ) أَي: وَبَدَلٌ مَا أَتْلَفَهُ مِنْ أَمَانَةٍ وَخَوِّهَا.

[٢٦١٦٧] (قَوْلُهُ: وَدَمٍ عَمْدٍ) أَي: بَدَلُ الصَّلْحِ عَنْ دَمٍ عَمْدٍ. قَالَ فِي "أَنْفَعِ الْوَسَائِلِ"^(٣): ((مَعْنَاهُ: أَنَّهُ لَوْ قَتَلَ مُؤَرِّثُهُ عَمْدًا فَصَالِحُهُ عَلَى مَالٍ، فَادَّعَى أَنَّهُ فَقِيرٌ يَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلَ الْقَاتِلِ فِي ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بَدَلًا عَنْ مَالٍ، وَمَا صَرَّحَ بِهِذِهِ أَحَدٌ سِوَى "الطَّحَاوِيِّ" فِي "اِخْتِلَافِ الْفُقَهَاءِ"^(٤)، وَهُوَ صَحِيحٌ مُوَافِقٌ لِلْقَوَاعِدِ، وَدَاخِلٌ تَحْتَ قَوْلِهِمْ: عَمَّا لَيْسَ بِمَالٍ)) اهـ.

قَالَ فِي "الْبَحْرِ"^(٥): ((وَيُشْكِلُ جَعْلُهُمُ الْقَوْلَ فِيهِ لِلْمَدْيُونِ مَعَ أَنَّهُ التَّزَمَهُ بِعَقْدٍ)) اهـ.

أَقُولُ: لَا إِشْكَالَ فِيهِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مَبْنِيٌّ عَلَى الْقَوْلِ بِعَدَمِ إِبْتِغَاءِ الْعَقْدِ، وَأَنَّ الْمُعْتَبَرَ هُوَ كَوْنُ الدَّيْنِ بَدَلًا عَنْ مَالٍ وَقَعَ فِي يَدِ الْمَدْيُونِ كَمَا عَلِمْتُهُ مِمَّا نَقَلْنَاهُ^(٦) سَابِقًا مِنْ عِبَارَةِ "الطَّحَاوِيِّ"، وَهَذَا الْقَوْلُ هُوَ الَّذِي مَرَّ^(٧) عَنْ "الْخَانِيَّةِ"، وَأَمَّا عَلَى الْقَوْلِ الَّذِي مَشَى عَلَيْهِ "الْقُدُورِيُّ" وَ"صَاحِبُ الْإِخْتِيَارِ" وَغَيْرُهُمَا مِنْ أَصْحَابِ الْمُتَوَنِّينَ أَنَّ الْمُعْتَبَرَ مَا كَانَ بَدَلًا عَنْ مَالٍ أَوْ مُلْتَزَمًا بِعَقْدٍ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ بَدَلًا عَنْ مَالٍ فَلَا شَكَّ فِي دُخُولِ هَذِهِ الصُّورَةِ فِي الْعَقْدِ فَتَكُونُ عَلَى هَذَا الْقَوْلِ مِنَ الْقِسْمِ الْأَوَّلِ الَّذِي يَكُونُ الْقَوْلُ فِيهِ لِلْمُدَّعِي؛ لِأَنَّهَا كَالْمَهْرِ.

وَأَمَّا يُشْكِلُ الْأَمْرَ لَوْ صَرَّحَ أَحَدٌ مِنْ أَهْلِ هَذَا الْقَوْلِ بِأَنَّ بَدَلَ دَمِ الْعَمْدِ يَكُونُ الْقَوْلُ فِيهِ لِلْمَدْيُونِ مَعَ أَنَّهُ لَمْ يُصَرَّحْ بِذَلِكَ أَحَدٌ إِلَّا "الطَّحَاوِيُّ" الْقَاتِلُ بِالْقَوْلِ الْأَوَّلِ، فَعَلِمْنَا أَنَّهُ مَبْنِيٌّ

(١) فِي "ب" وَ"م": ((السَّغْنَائِيُّ)) بِالْفَاءِ، وَهُوَ خَطَأٌ.

(٢) تَقَدَّمَ تَرْجُمَتُهُ ٥٢٨/٢.

(٣) "أَنْفَعِ الْوَسَائِلِ": مَسْأَلَةُ الْحَبْسِ فِي الدِّيُونِ ٣٤١ - بِتَصْرِفٍ.

(٤) انْظُرْ "مَخْتَصَرَ اخْتِلَافِ الْعُلَمَاءِ" لِلطَّحَاوِيِّ: كِتَابُ الْقَضَاءِ وَالشَّهَادَاتِ - مَتَى يَحْبِسُ الْمَدِينُ؟ ٣٩٤/٣ بِتَصْرِفٍ.

(٥) "الْبَحْرِ": كِتَابُ الْقَضَاءِ - فَصْلُ فِي الْحَبْسِ ٣١٠/٦ - بِتَصْرِفٍ.

(٦) لِلْقَوْلِ [٢٦١٦٢] قَوْلُهُ: ((نَعَمْ عَدُوٌّ فِي "الْإِخْتِيَارِ" لِبَدَلِ الْخَلْعِ هُنَا خَطَأً)).

(٧) الْقَوْلُ [٢٦١٦٠] قَوْلُهُ: ((هَذَا هُوَ الْمُعْتَمَدُ)).

وَعَتَّقَ حَظَّ شَرِيكِ، وَأَرَشُ جَنَائِي، وَنَفَقَةُ قَرِيبٍ، وَزَوْجَةٍ، وَمُؤَجَّلٍ مَهْرٍ. قُلْتُ: ظَاهِرُهُ: وَلَوْ بَعْدَ طَلَاقٍ،

على أصليه من أنه لا يُعْتَبَرُ الْبَعْدُ أَصْلًا، [٢٠٧٣/٢] فمُعَارَضَةٌ أَهْلِ الْقَوْلِ الثَّانِي بِهَذَا الْقَوْلِ غَيْرُ وَارِدَةٍ، وَالْإشْكَالُ سَاقِطٌ كَمَا قَرَرْنَا نَظِيرَهُ فِي مَسْأَلَةِ الْخُلْعِ^(١). وبهذا ظَهَرَ أَنَّ الصَّوَابَ إِسْقَاطُ هَذِهِ الصُّورَةِ أَيْضًا، وَذِكْرُهَا فِي الْقِسْمِ الْأَوَّلِ.

[٢٦١٦٨] (قَوْلُهُ: وَعَتَّقَ حَظَّ شَرِيكِ) أَي: لَوْ أَعْتَقَ أَحَدُ شَرِيكَيْ عَيْدِ حِصْنَتِهِ مِنْهُ بِلَا إِذْنِ الْآخَرِ، وَاخْتَارَ الْآخَرَ تَضْمِينَهُ، فَادَّعَى الْمُعْتَقُ الْفَقْرَ فَالْقَوْلُ لَهُ؛ لِأَنَّ تَضْمِينَهُ لَمْ يَجِبْ بَدَلًا عَنْ مَالٍ وَقَعَ فِي يَدِهِ وَلَا مُلْتَزِمًا بَعْدَ حَتَّى يَكُونَ دَلِيلَ قُدْرَتِهِ، بَلْ هُوَ فِي الْحَقِيقَةِ ضِمَانٌ إِتْلَافِي.

[٢٦١٦٩] (قَوْلُهُ: وَأَرَشُ جَنَائِي) هَذَا وَمَا بَعْدَهُ مَرْفُوعٌ عَطْفًا عَلَى ((بَدَلُ)) لَا عَلَى ((خُلْعِ)) الْمَحْرُورِ؛ لِأَنَّ الْأَرَشَ هُوَ بَدَلُ الْجَنَائِيَّةِ، وَالْمَرَادُ أَرَشُ جَنَائِيَّةٍ مُوجِبُهَا الْمَالُ دُونَ الْقِصَاصِ.

[٢٦١٧٠] (قَوْلُهُ: وَنَفَقَةُ قَرِيبٍ وَزَوْجَةٍ) أَي: نَفَقَةُ مُدَّةٍ مَاضِيَةٍ مَقْضِيٍّ بِهَا أَوْ مُتْرَاضِيٍّ عَلَيْهَا، لَكِنَّ نَفَقَةَ الْقَرِيبِ تَسْقُطُ بِالْمُضِيِّ إِلَّا إِذَا كَانَتْ مُسْتَدَانَةً بِالْأَمْرِ، وَسَيَدُكُ "الْمُنْصَفُ"^(٢) مَسْأَلَةُ النَّفَقَةِ.

[٢٦١٧١] (قَوْلُهُ: وَمُؤَجَّلٍ مَهْرٍ) اسْتَشْكَلَهُ فِي "الْبَحْرِ"^(٣): ((بَأَنَّهُ التَّرَمُّهُ بَعْدَ)) أَي: فَيَكُونُ مِنَ الْقِسْمِ الْأَوَّلِ، لَكِنَّ جَوَابَهُ أَنَّهُ لَمَّا عَلِمَ عَدَمُ مُطَالَبَتِهِ بِهِ فِي الْحَالِ لَمْ يَدُلَّ عَلَى قُدْرَتِهِ عَلَيْهِ، بِخِلَافِ الْمُعَجَّلِ شَرْطًا أَوْ عُرْفًا.

[٢٦١٧٢] (قَوْلُهُ: قُلْتُ: ظَاهِرُهُ: وَلَوْ بَعْدَ طَلَاقٍ) هَذَا هُوَ الْمُتَعَيِّنُ؛ لِأَنَّهُ قَبْلَ الطَّلَاقِ أَوْ الْمَوْتِ لَا يُطَالَبُ بِهِ، فَكَيْفَ يُتَوَهَّمُ حَبْسُهُ بِهِ؟

(قَوْلُهُ: هَذَا هُوَ الْمُتَعَيِّنُ؛ لِأَنَّهُ قَبْلَ الطَّلَاقِ أَوْ الْمَوْتِ لَا يُطَالَبُ بِهِ) قَدْ يُطَالَبُ قَبْلَ الطَّلَاقِ وَالْمَوْتِ، بَأَنَّهُ كَانَ مُؤَجَّلًا إِلَى مُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ انْقَضَتْ قَبْلَهُمَا.

(١) الْمُقُولَةُ [٢٦١٦٢] قَوْلُهُ: ((نَعَمْ عَدُّهُ فِي "الْإِخْتِيَارِ" لِبَدَلِ الْخُلْعِ هُنَا خَطَأً)).

(٢) ص ٤٠٢ - "در".

(٣) "الْبَحْرُ": كِتَابُ الْقَضَاءِ - فَصْلُ فِي الْحَبْسِ ٣١٠/٦.

وفي نفقات "البرازية": ((يُثْبِتُ الْيَسَارُ بِالْإِخْبَارِ هُنَا، بِخِلَافِ سَائِرِ الدُّيُونِ))، لكنْ أَفْتَى
 "ابنُ نُجَيْمٍ"^(١): ((بَأَنَّ الْقَوْلَ لَهُ يَمِينُهُ مَا لَمْ يُثْبِتْ غِنَاهُ))، فراجعهُ.
 ولو اختلفا فقال المديون^(٢): ليس بدل مال،

[٢٦١٧٣] (قوله: وفي نفقات "البرازية" إلخ) الأنسب ذكرُ هذا عند قولِ "المتن" الآتي^(٣):
 ((إِلَّا أَنْ يُبْرَهِنَ غَرِمُهُ عَلَى غِنَاهُ))، وعبارَةُ "البرازية"^(٤) - كما في "البحر"^(٥) -: ((وإنْ لم يكنْ
 لها بَيِّنَةٌ على يَسَارِهِ وَطَلَبَتْ مِنَ الْقَاضِي أَنْ يَسْأَلَ مِنْ^(٦) جيرانه لا يَجِبُ عَلَيْهِ السُّؤَالُ، وَإِنْ
 سَأَلَ كَانَ حَسَنًا، فَإِنْ سَأَلَ فَأَحْبَرَهُ عَدْلَانِ بَيَسَارِهِ ثَبَتَ الْيَسَارُ، بِخِلَافِ سَائِرِ الدُّيُونِ حَيْثُ
 لَا يُثْبِتُ الْيَسَارُ بِالْإِخْبَارِ، وَإِنْ قَالَا: سَمِعْنَا أَنَّهُ مُوسِرٌ أَوْ بَلَّغْنَا ذَلِكَ لَا يَقْبَلُهُ الْقَاضِي)) اهـ.
 [٢٦١٧٤] (قوله: لكنْ إلخ) فَإِنَّ قَوْلَهُ: ((مَا لَمْ يُثْبِتْ غِنَاهُ)) المتبادِرُ مِنْهُ كَوْنُهُ بِالشَّهَادَةِ،
 وَيُمْكِنُ أَنْ يَقَالَ: الثُّبُوتُ فِي دَيْنِ النِّفَقَةِ بِالْإِخْبَارِ وَفِي غَيْرِهِ بِالشَّهَادَةِ، فَعِبَارَتُهُ غَيْرُ مُعَيَّنَةٍ، "ط"^(٧).
 قلتُ: لكنْ قَوْلُ "المصنّف" الآتي^(٨): ((إِلَّا أَنْ يُبْرَهِنَ)) يَقْتَضِي عَدَمَ الْفَرْقِ، نَعَمْ عِبَارَةُ
 "الكثر"^(٩) و"الهداية"^(١٠): ((إِلَّا أَنْ يُثْبِتَ))، لكنْ قِيْدُهُ "الرَّيْلِيُّ"^(١١) بِالْبَيِّنَةِ، تَأْمَلْ.

(١) "فتاوى ابن نجيم": كتاب القضاء، ص ١٤٠ - (هامش "الفتاوى الغياثية").

(٢) ((المديون)) ليست في "د".

(٣) ص ٣٨٥ - "در".

(٤) "البرازية": كتاب النكاح - الفصل التاسع عشر في النفقات ١٥٩/٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٥) "البحر": كتاب القضاء - فصل في الحبس ٣١١/٦.

(٦) في "الأصل" و"ب" و"٢": ((وعن))، وما أثبتناه من "م" موافق لعبارة "البحر" و"البرازية"، ومثله في "النهر"
 ق ٤٣١/ب نقلاً عن "البرازية"، وعبارَةُ ابن عابدين رحمه الله بَحْطُهُ فِي مَسْوَدَةِ الْحَاشِيَةِ: ((أَنْ يَسْأَلَ جِيرَانَهُ)).

(٧) "ط": كتاب القضاء - فصل في الحبس ١٨٨/٣.

(٨) ص ٣٨٥ - "در".

(٩) انظر "شرح العيني على الكثر": كتاب القضاء - فصل: وإذا ثبت الحق للمدعي أمره ٨٦/٢.

(١٠) "الهداية": كتاب أدب القاضي - فصل في الحبس ١٠٤/٣.

(١١) "تبيين الحقائق": كتاب القضاء - فصل في الحبس ١٨٠/٤.

وقال الدائن: إنه ثمن متاع فالقول للمديون ما لم يُرهين رب الدين، "طر سوسي"^(١) بحثاً، وأقره في "النهر"^(٢).

(فرغ)

لا يُحبس في دين مؤجل، وكذا لا يُمنع من السفر قبل حلول الأجل وإن بعد، وله السفر معه، فإذا حلّ منعه منه حتى يوفيه، "بدائع"^(٣). وقدمناه في الكفالة. (إن ادعى المديون (الفقر)؛ إذ الأصل العسرة.....

[٢٦١٧٥] (قوله: فالقول للمديون) أي: فلا يُحبس إن ادعى الفقر.

[٢٦١٧٦] (قوله: وأقره في "النهر") وكذا في "البحر"^(٤)، ووجهه ظاهر؛ لإنكاره ما يُوجب حبسه.

[٢٦١٧٧] (قوله: لا يُحبس في دين مؤجل) لأنه لا يُطالب به قبل حلول الأجل.

[٢٦١٧٨] (قوله: وإن بعد) أي: السفر بحيث يحل الأجل قبل قُدومِهِ.

[٢٦١٧٩] (قوله: وقدمناه في الكفالة) أي: في آخرها^(٥)، وقدمنا هناك^(٦) ترجيح الزامه

بإعطاء كفيل، فراجعهُ.

[٢٦١٨٠] (قوله: إن ادعى الفقر) قيد لقوله^(٧): ((لا يُحبس في غيره)).

[٢٦١٨١] (قوله: إذ الأصل العسرة) لأنّ الأدميّ يولد فقيراً لا مال له، والمُدعي يدعي

أمراً عارضاً، فكان القول لصاحبه مع يمينه ما لم يكذبه الظاهر، إلّا أن يثبت المدعي بالبينة أنّ له مالاً، بخلاف ما تقدّم؛ لأنّ الظاهر يكذبه، "زيلعي"^(٨).

(١) "أنفع الوسائل": مسألة الحبس في الدين ص ٣٣٨..

(٢) "النهر": كتاب القضاء - فصل في الحبس ق ٤٣١/ب.

(٣) "البدائع": كتاب الحجر والحبس - الفصل الثاني: وأما الحبس على نوعين إلخ ١٧٣/٧.

(٤) "البحر": كتاب القضاء - فصل في الحبس ٣١١/٦.

(٥) ١٩٢ - "در".

(٦) المقولة [٢٥٧٧٢] قوله: ((وقاس عليه إلخ)) وما بعدها.

(٧) ص ٣٨٠ - "در".

(٨) "تبين الحقائق": كتاب القضاء - فصل في الحبس ١٨٠/٤.

(إِلَّا أَنْ يُبْرِهَنَ غَرِيمُهُ عَلَى غِنَاهُ) أي: على ^(١) قُدْرَتِهِ عَلَى الْوَفَاءِ وَلَوْ بِاقْتِرَاضٍ أَوْ بِتَقَاضِي غَرِيمِهِ (فِيَحْبِسُهُ) حِينَئِذٍ (بِمَا رَأَى)

[٢٦١٨٢] (قوله: أي: على قُدْرَتِهِ عَلَى الْوَفَاءِ) أي: ليس المراد بِالْغِنَى مِلْكُ النَّصَابِ؛ لَأَنَّهُ يُحْبَسُ فِيمَا دُونَهُ، أَفَادَهُ فِي "الْفَتْح" ^(٢).

[٢٦١٨٣] (قوله: ولو باقتراض) في "الْبَزَازِيَّة" ^(٣): ((لَوْ وَجَدَ الْمَدْيُونُ مَنْ يُقْرِضُهُ فَلَمْ يَفْعَلْ فَهُوَ ظَالِمٌ))، وفي كراهية "القنية" ^(٤): ((لَوْ كَانَ لِلْمَدْيُونِ حِرْفَةٌ تُقْضَى إِلَى قَضَاءِ دَيْنِهِ فَامْتَنَعَ مِنْهَا لَا يُعْذَرُ)) اهـ.

وكلٌّ من الفرعين ينبغي تحريمُهُ على مَا يُقْبَلُ فِيهِ قَوْلُهُ، فَإِذَا ادَّعَى فِي الْمَهْرِ الْمُوجَلِّ مِثْلًا أَنَّهُ مُعْسِرٌ وَوَجَدَ مَنْ يُقْرِضُهُ، أَوْ كَانَ لَهُ حِرْفَةٌ تُؤْفِقُهُ فَلَمْ يَفْعَلْ حَبْسُهُ الْحَاكِمُ؛ لِأَنَّ الْحَبْسَ جَزَاءُ الظُّلْمِ، وَأَمَّا مَا لَا يُقْبَلُ فِيهِ قَوْلُهُ فَظُلْمُهُ فِيهِ ثَابِتٌ قَبْلَ وُجُودِ مَنْ يُقْرِضُهُ، "نَهْر" ^(٥).

[٢٦١٨٤] (قوله: أو بتقاضي غريمه) بأن كان له مالٌ على غريمٍ مُوسِرٍ. قال في "الْبَزَازِيَّة" ^(٦): ((فَإِنْ حَبَسَ غَرِيمَهُ الْمُوسِرَ لَا يُحْبَسُ))، وفيها ^(٧): ((وَلَوْ كَانَ لِلْمَجْبُوسِ مَالٌ فِي بَلَدٍ آخَرَ يُطْلَقُهُ بِكَفِيلٍ)) اهـ.

[٢٦١٨٥] (قوله: فيَحْبِسُهُ حِينَئِذٍ) أي: حينَ إِذْ قَامَ الْبِرْهَانُ عَلَى غِنَاهُ فِي هَذَا الْقِسْمِ وَمَحْجَرِدَ دَعْوَى [٢/٢٠٨ق/٣] الْمُدَّعِي غِنَاهُ فِي الْقِسْمِ الْأَوَّلِ كَمَا مَرَّ ^(٧).

(قوله: أي: حينَ إِذْ قَامَ الْبِرْهَانُ عَلَى غِنَاهُ إلخ) فيه: أَنَّهُ بِإِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ ثَبَتَ يَسَارُهُ فَيُؤَبَّدُ حَبْسُهُ، وَإِلَّا ظَهَرَ إِرْجَاعُ كَلَامِ "الْمُصَنِّفِ" هَذَا لِلْقِسْمِ الْأَوَّلِ. وَحُكْمُ الْقِسْمِ الثَّانِي يُعْلَمُ مِنْ قَوْلِهِ فِيمَا يَأْتِي: ((وَأَبَدَ حَبْسَ الْمُوسِرِ)).

(١) ((على)) ليست في "و".

(٢) "الفتح": كتاب أدب القاضي - فصل في الحبس ٣٧٦/٦.

(٣) "الْبَزَازِيَّة": كتاب أدب القاضي - الفصل العاشر في الحبس ٢٢٥/٥ بتصرف (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) "القنية": كتاب الكراهية والاستحسان - باب في مسائل متفرقة ق ٧٩/١، نقلاً عن بكر خواهر زاده.

(٥) "النهر": كتاب القضاء - فصل في الحبس ق ٤٣١/ب.

(٦) "الْبَزَازِيَّة": كتاب أدب القاضي - الفصل العاشر في الحبس ٢٢٧/٥ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٧) المقولة [٢٦١٥٠] قوله: ((وَيُحْبَسُ الْمَدْيُونُ إلخ)).

ولو يوماً، هو الصَّحِيحُ، بل في شهادات "الملتقط" ^(١): ((قال "أبو حنيفة": إذا كان المعسرُ معروفاً بالعُسْرَةِ لم أَحِسَّهُ)). وفي "الخانية" ^(٢): ((ولو فَقَرُهُ ظاهراً سَأَلَ عنه عاجلاً ^(٣)، وَقِيلَ بَيِّنَتُهُ عَلَى إِفْلَاسِهِ وَخَلَّى سَبِيلَهُ))، "نهر" ^(٤).....

[٢٦١٨٦] (قوله: ولو يوماً) أَخَذَهُ فِي "البحر" ^(٥) مِنْ ظَاهِرِ كَلَامِهِمْ.

[٢٦١٨٧] (قوله: هو الصَّحِيحُ) صَرَّحَ بِهِ فِي "الهداية" ^(٦)؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنَ الْحَبْسِ الضَّحْرُ وَالتَّسَارُعُ لِقَضَاءِ الدَّيْنِ، وَأَحْوَالُ النَّاسِ فِيهِ مُتَفَاوِتَةٌ، وَمُقَابِلُهُ: رَوَايَةُ تَقْدِيرِهِ بِشَهْرَيْنِ أَوْ ثَلَاثَةِ، وَفِي رَوَايَةٍ بِأَرْبَعَةٍ، وَفِي رَوَايَةٍ: بِنَصْفِ حَوْلٍ.

[٢٦١٨٨] (قوله: لم أَحِسَّهُ) أَي: وَلَوْ كَانَ الدَّيْنُ ثَمَنًا أَوْ قَرْضًا كَمَا هُوَ ظَاهِرُ الْإِطْلَاقِ، وَهُوَ أَيْضًا مُقْتَضَى عِبَارَةِ "شرح الاختيار" الَّتِي قَدَّمَهَا ^(٧).

[٢٦١٨٩] (قوله: ولو فَقَرُهُ ظاهراً إلخ) أَفَادَ أَنَّ قَوْلَهُ: ((فِيحِسَّهُ، بِمَا يَرَى ^(٨)))، إِنَّمَا هُوَ حَيْثُ كَانَ حَالُهُ مُشْكِلًا، كَمَا نَبَّهَ عَلَيْهِ "الشرح" بَعْدَهُ ^(٩). وَفِي "شرح أدب القضاء" ^(١٠): ((قال "محمد" بَعْدَ ذِكْرِ التَّقْدِيرِ: هَذَا إِذَا أَشْكَلَ عَلَى ^(١١) أَمْرُهُ أَفْقِيرٌ أَمْ غَنِيٌّ؟ وَإِلَّا سَأَلْتُ عَنْهُ عَاجِلًا، يَعْنِي: إِذَا كَانَ ظَاهِرَ الْفَقْرِ أَقْبَلَ الْبَيِّنَةُ عَلَى الْإِفْلَاسِ وَأَخْلَى سَبِيلَهُ)) اهـ.

(١) "الملتقط": كتاب الشهادات - مطلب في حبس المعسر ص ٣٨٢..

(٢) "الخانية": كتاب الدعوى والبيّنات - باب الدعوى ٣٧٣/٢ بتصرف (هاش "الفتاوى الهدية").

(٣) عبارة "النهر": ((أَجَلًا))، وَهُوَ تَحْرِيفٌ.

(٤) "النهر": كتاب القضاء - فصل في الحبس ق ٤٣٢/أ.

(٥) "البحر": كتاب القضاء - فصل في الحبس ٣١١/٦.

(٦) "الهداية": كتاب أدب القاضي - فصل في الحبس ١٠٤/٣.

(٧) المقولة [٢٦١٦٢] قوله: ((نَعَمْ عَدُّهُ فِي "الاختيار" لِبَدَلِ الْخَلْعِ هُنَا خَطَأً)).

(٨) عبارة "الدر": ((بِمَا رَأَى)).

(٩) ص ٣٨٨ - "در".

(١٠) "شرح أدب القاضي" للنصير الشهيد: الباب الحادي والثلاثون في الحبس في الدين - البيّنة على الإفلاس بعد

الحبس ٣٦٨/٢ بتصرف.

(١١) فِي "شرح أدب القاضي" للنصير الشهيد: ((عليه)).

وفي "البرازية"^(١): ((قال المديون: حلفه إنه ما يعلم أنني مُعسِرٌ أجابه القاضي، فإن حلفَ حبسه بطله، وإن نكلَ خلّاه))، وأقرّه "المصنّف"^(٢) وغيره.
قلت: قدّمنا أن الرأي لمن له ملكة الاجتهاد، فتنبّه.....

[٢٦١٩٠] (قوله: قال المديون) أي: بما أصله ثمن ونحوه؛ إذ القسم الثاني القول فيه للمديون: إنه مُعسِرٌ، فلا يحتاج إلى تخفيف الدائن، نعم يتأتى فيه أيضاً إذا أثبت سياره، لكنّه بعيد؛ إذ لا يحلف المدّعي بعد البيّنة، تأمل.

[٢٦١٩١] (قوله: قلت: قدّمنا إلخ) تقييد لقول "المصنّف": ((فبحسبه. بما رأى))، وقدّم "الشارح" ذلك عند قول "المصنّف"^(٣) قبل هذا الفصل: ((ولا يُخَيَّرُ إذا لم يكن مُجتهداً))، وقد تبع "الشارح" في هذا "الفهستاني"^(٤). قال "ح"^(٥): ((أقول: مثل هذا لا يتوقف على كون القاضي^(٦) مُجتهداً كما لا يخفى)) اهـ، أي: فإن ما يقتضيه حال ذلك المديون من قدر مدّة حبسه التي يظهر فيها أنه لو كان له مال لأظهره يستوي في علم ذلك المجتهد وغيره بكون توقف على العلم باللغة والكتاب والسنة متناً وسنداً كما لا يخفى، فالظاهر حمل ما قالوه فيما يفوض إلى رأي القاضي من الأحكام، والله سبحانه أعلم.

(قوله: يستوي في علم ذلك المجتهد وغيره إلخ) هذا إما يستقيم إذا كان القاضي ورعاً ذا رأي سديد، وأين الورع وسدائ الرأي في قضاة هذا الزمان؟ فلا بدّ حينئذٍ من تقدير مدّة الحبس بما هو مذكور في إحدى الروايات بحسب حال المحبوس، وانظر ما تقدّم في التعزير.

(١) "البرازية": كتاب أدب القاضي - الفصل العاشر في الحبس ٢٢٩/٥ بتصرف، معزياً لنحلواني (هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) "المنح": كتاب القضاء - فصل في الحبس ٥٦٣/٢ ب.

(٣) ص-٢٧٧ وما بعدها "در".

(٤) "جامع الرموز": كتاب القضاء ٢/٢٢٣.

(٥) "ح": كتاب القضاء ٣٠٧/١.

(٦) في "م": ((القاضي)) بالصاد المهملة، وهو خطأ.

(ثم) بعد حبسِهِ بما يراه لو حاله مُشْكِلًا عند القاضي، وإلاَّ عَمِلَ بما ظَهَرَ، "بحر"^(١)، واعتمده "المصنف"^(٢) (سأل عنه) احتياطاً لا وجوباً من جيرانه، ويكفي عدلٌ.....

[٢٦١٩٢] (قوله: ثم بعد حبسِهِ إلخ) الظرف متعلق بقول "المصنف" الآتي^(٣): ((سأل عنه))، وقوله: ((لو حاله مُشْكِلًا)) قيد لقوله: ((حبسِهِ بما يراه))، وقوله: ((والا)) أي: إن لم يكن مُشْكِلًا بأن كان فقره ظاهراً، وهذا كله يُغني عنه ما قبله.

[٢٦١٩٣] (قوله: احتياطاً لا وجوباً) قال "شيخ الإسلام": ((لأنَّ الشَّهادة بالإعسار شهادة بالنفي^(٤)، فكان للقاضي أن لا يسأل ويعمل برأيه، ولكن لو سأل مع هذا كان أحوط))، "زيلعي"^(٥). وقال في "الفتح"^(٦): ((والا فبعد مضيِّ المدَّة التي يغلبُ ظنُّ القاضي أنَّه لو كان له مالٌ دفعه وجب إطلاقه إن لم يقم المدَّعي بيِّنة يساره من غير حاجة إلى سؤال)).

[٢٦١٩٤] (قوله: ويكفي عدلٌ والاثنان أحوط، وكيفيته: أن يقول المخبر: إنَّ حاله حالُ المُعسرين في نفقته وكموته، وحاله ضيقة، وقد اختبرنا حاله في السرِّ والعلانية، "بحر"^(٧) عن "البرازية"^(٨)). وقيد سماع هذه الشَّهادة بما بعد الحبسِ ومضيِّ المدَّة؛ لأنها قبلَ الحبسِ لا تُقبلُ في الأصحَّ كما يأتي^(٩)، وكذا قبلَ المدَّة التي يراها القاضي^(١٠) كما سنذكره^(١١).

(١) "البحر": كتاب القضاء - فصل في الحبس ٣١١/٦.

(٢) "المنح": كتاب القضاء - فصل في الحبس ٥٦٢/٢.

(٣) في الصحيفة نفسها "در".

(٤) ((بالتنفي)) ساقطة من "الأصل".

(٥) "تبيين الحقائق": كتاب القضاء - فصل في الحبس ١٨١/٤.

(٦) "الفتح": كتاب أدب القاضي - فصل في الحبس ٣٨٠/٦.

(٧) "البحر": كتاب القضاء - فصل في الحبس ٣١١/٦.

(٨) "البرازية": كتاب أدب القاضي - الفصل العاشر في الحبس ٢٢٦/٥ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٩) المقولة [٢٦٢١٨] قوله: ((ولا يقبلُ برَّهانه على إفلاسه قبلَ حبسِهِ إلخ)).

(١٠) في "م": ((يراهها لقاضي))، وهو خطأ.

(١١) المقولة [٢٦٢١٨] قوله: ((ولا يقبلُ برَّهانه على إفلاسه قبلَ حبسِهِ إلخ)).

بَغْيِيَّةً دائن، وأما المستورُ فإنْ وافقَ قولُهُ رأيَ القاضي عَمِلَ بِهِ، وإلا لا، "أنفع الوسائل" (١) بحثاً. ولا يُشترطُ حَضْرَةُ الخصمِ ولا لفظُ الشَّهادةِ، إلَّا إذا تنازعا في اليسارِ والإعسارِ، "فَهَسْتَانِي" (٢).....

[٢٦١٩٥] (قوله: بَغْيِيَّةً دائن) أي: يكفي ذلك في غَيْبَةِ الدَّائِن، فلا يُشترطُ لسماعِها حَضْرَتُهُ، لكنْ إذا كان غائباً سَمِعَهَا وأطلقَهُ بكفيلٍ كما في "البحر" (٣) عن "البرازية" (٤)، وسيأتي (٥) مع زيادة ما لو كان الدَّيْنُ لَوْقَفٍ أو يتيم.

[٢٦١٩٦] (قوله: وأما المستورُ إلخ) فيه كلامٌ يأتي قريباً (٦).

[٢٦١٩٧] (قوله: ولا يُشترطُ حَضْرَةُ الخصمِ) يُغني عنه قوله: ((بَغْيِيَّةً دائن)).

[٢٦١٩٨] (قوله: إلَّا إذا تنازعا إلخ) قال في "النهر" (٧): ((وقيد في "النهاية" الاكتفاء بالواحد. بما إذا لم تقع خصومة، فإن كانت - كأن ادعى المحبوسُ الإعسارَ وربُّ الدَّيْنِ يساراً - فلا بد من إقامة البينة على الإعسارِ)) اهـ، ومثله في "البحر" (٨).

قلت: وهذا مُشْكِلٌ، فإنَّ ما مرَّ (٩) من الاكتفاء بعدل لا شكَّ أنَّه عند المنازعة؛ إذ لو اعترف المدعي بفقر المحبوس أو اعترف المحبوس بغناه لم يُحتج إلى سؤال ولا إلى إخبار، ثم رأيتُ في "أنفع الوسائل" (١٠) نقلَ عبارة "النهاية" المارَّة (١١) بزيادة، وهي: ((فإن شهدا بأنه مُعسرٌ خلَّى

(١) "أنفع الوسائل": مسألة الحبس في الديون ص ٣٤٧.

(٢) "جامع الرموز": كتاب القضاء ٢/٢٢٣.

(٣) "البحر": كتاب القضاء - فصل في الحبس ٦/٣١١.

(٤) "البرازية": كتاب أدب القاضي - الفصل العاشر في الحبس ٥/٢٢٦ يتصرف (هامش "الفتاوى الهندية").

(٥) ص ٣٩٢ - "در".

(٦) المقولة [٢٦١٩٩] قوله: ((قلت: لكنَّها إلخ)).

(٧) "النهر": كتاب القضاء - فصل في الحبس ق ٤٣٢/٤.

(٨) "البحر": كتاب القضاء - فصل في الحبس ٦/٣١١، نقلاً عن "السراج الوهاج" معزياً إلى "النهاية".

(٩) ص ٣٨٨ - "در".

(١٠) "أنفع الوسائل": مسألة الحبس في الديون ص ٣٤٨.

(١١) في هذه المقولة.

قلت: لكنها بالإعسار للنفي، وهي ليست بحجة.....

سبيله، ولا تكون هذه شهادة على النفي، فإن الإعسار بعد اليسار أمرٌ حادث، فتكون شهادة بأمرٍ حادثٍ لا بالنفي)) اهـ. فأفاد أن هذه الخصومة بإعسارٍ حادثٍ، يعني: إذا [٢٠٨٣/٣] أراد حبسه فيما يكون القول فيه للمدعي يساره أو في القسم الآخر، وبرهن على يساره بإثبات من أبيه منذ شهر مثلاً، وهو ادعى إعساراً حادثاً فلا بد فيه من نصاب الشهادة؛ لأنها شهادة صحيحة؛ لوقوعها على أمرٍ حادثٍ لا على النفي، بخلاف الشهادة على أنه معسر، فإنها قامت على نفي اليسار الذي يحبس بسببه لا على إعسارٍ حادثٍ بعده، أو المراد إقامة البيّنة على إعساره بعد حبسه قبل تمام المدّة التي يظهر فيها للمقاضي عسرته، لكن سيأتي ^(١) أن سماع البيّنة قبل المدّة خلاف ظاهر الرواية، فتأمل.

[٢٦١٩٩] (قوله: قلت: لكنها إلخ) استدراك على التقييد بالعدل في قوله: ((ويكفي عدل))، فقد نقل في "أنفع الوسائل" ^(٢) عن "الخلاصة" ^(٣): ((أنه يسأل عنه الثقات، والواحد

(قوله: لكن سيأتي أن سماع البيّنة قبل المدّة خلاف ظاهر الرواية) فيه: أن ما يأتي لا يخالف ما هنا، فإنه في إثبات الإعسار بأمرٍ حادثٍ، وهو مقبول في مدّة الحبس وقبله أيضاً. وعلى كلا الجوابين لا يناسب ذكر هذا الاستثناء في شرح كلام "المصنف"؛ لاختلاف الموضوع في كل كما هو ظاهر، والقاطع لأصل الإشكال أن يقال: إنه لا يترجم من الحبس المدّة المذكورة سبق المنازعة في اليسار والإعسار في القسم الأول، ففي "أنفع الوسائل" عن "قاضيخان" ما نصّه: ((متى توجه الحبس على المدين فإن القاضي لا يسأله ولا المدعي: أنه مال؟ في "ظاهر الرواية")) اهـ. ففي هذه الصورة يكفي القاضي بالواحد، بخلاف ما إذا وقعت خصومة فيهما فإنه لا بد من إقامة البيّنة على الإعسار الحادث، لكن ما يأتي له عقب قول "المصنف": ((ولا يقبل برهانه على إفلاسيه قبل حبسه)): (بين أنه لو برهن على إفلاسيه بعد حبسه قبل مضي المدّة) يقتضي أن هذه المسألة خلافية، و"ظاهر الرواية" عدم القبول بناءً على تعلّق قوله: ((بعد حبسه)) بـ ((إفلاسيه)) كما هو ظاهر.

(١) المقولة [٢٦٢١٨] قوله: ((ولا يقبل برهانه على إفلاسيه قبل حبسه إلخ)).

(٢) "أنفع الوسائل": مسألة الحبس في الديون ص ٣٤٦ - بتصرف.

(٣) "الخلاصة": كتاب القضاء - الفصل التاسع في الحبس ق ٢٠٩ ب.

يكفي، ولا يشترط لفظ الشهادة))، ثم نقل^(١) عبارة "شيخ الإسلام" المارة^(٢)، ثم قال^(٣): ((فقوله -أي: "شيخ الإسلام"-: هذا ليس بواجب، وهذا ليس بحجة، وإن للقاضي أن لا يسأل يؤيد قولنا: إنه لا يشترط العدالة في هذا الواحد؛ لأنها تشرط في أمر واجب أو في إثبات حجة شرعية، وإلا فلا فائدة في اشتراطها؛ لأن القاضي له إخراجها بلا سؤال أحد عنه إلخ))، وأراد بذلك الرد على "الزيلعي"^(٤) حيث قيد بالعدل في قوله: ((والعدل الواحد يكفي))، وإثبات أن المستور الواحد يكفي دون الفاسق، ثم قال^(٥): ((والأحسن عندي أن يقال: إن كان رأي القاضي موافقاً لقول هذا المستور في العسرة يقبل، وإلا -بأن لم يكن للقاضي رأي في عسرة المحبوس أو يسرته- فيُشترط كون المخبر عدلاً)) اهـ، واستحسنه في "النهر"^(٦) وغيره.

٣١٩/٤

قلت: قد رجع^(٧) إلى ما قاله "الزيلعي" من حيث لا يشعر، وذلك أنه إذا كان للقاضي رأي في عسرته -بأن ظهر له حاله- لا يحتاج إلى شاهد أصلاً، بل له إخراجها بلا سؤال، والأحوط السؤال من عدل ليتحقق به ما رآه القاضي، ولا يكون بمجرد رأيه.

ويظهر من كلام "شيخ الإسلام" المارة^(٨) -وكذا من كلام "الفتح" الذي ذكرناه بعده- أنه لا يزمه العمل بقول ذلك العدل إذا خالف رأيه، وإذا وافق قول المخبر رأي القاضي لاشك أنه يعمل به سواء كان المخبر عدلاً أو فاسقاً أو مستوراً، فعلم أن كلام "الزيلعي" محمول على ما إذا لم يكن

(١) "أنفع الوسائل": مسألة الحبس في الديون ص ٣٤٧.

(٢) المقالة [٢٦١٩٣] قوله: ((احتياطاً لا وجوباً)).

(٣) "أنفع الوسائل": مسألة الحبس في الديون ص ٣٤٧. بتصرف.

(٤) "تبيين الحقائق": كتاب القضاء - فصل في الحبس ١٨١/٤.

(٥) أي: صاحب "أنفع الوسائل": مسألة الحبس في الديون ص ٣٤٧. بتصرف.

(٦) "النهر": كتاب القضاء - فصل في الحبس ق ٤٣٢/أ. بتصرف.

(٧) أي: صاحب "أنفع الوسائل".

(٨) المقالة [٢٦١٩٣] قوله: ((احتياطاً لا وجوباً)).

ولذا لم يَجِبِ السُّؤالُ، "أنفع الوسائل" ^(١)، فتنبه. (فإن لم يَظْهَرْ له مالٌ خَلاَهُ) بلا كَفِيلٍ، إلّا في ثلاثٍ: مالٌ يَتِيمٌ، وَوَقْفٌ، وإذا كان الدَّائِنُ غائِباً، ثُمَّ لا يَحِسُّهُ ثانياً ^(٢) لا للأوّل ولا لغيره حتّى يُثَبِّتَ غَرِمُهُ غِنَاهُ، "بِزَارِيَّة" ^(٣).....

للقاضي رأيٌ بدليلِ قولِهِ في "شرح أدب القضاء" ^(٤): ((وإذا مَضَتْ تلك المدة واحتاج القاضي إلى معرفة حالِهِ سألَ الثقاتَ مِن جيرانِهِ وأَصْلَقائِهِ إلخ))، فقوله: ((واحتاج)) دليلٌ أَنَّهُ لا رأيَ له. فقد ظَهَرَ أَنَّهُ في هذه الصُّورة تشترطُ العَدالةُ كما اعترفَ بِهِ "الطَّرْمُوسِي"، وفي الصُّورة الأولى لا تشترطُ عدالة ولا غيرها، وإلّا لم يكن للقاضي العملُ برأيِهِ وإخراجُ المحبوسِ بلا سؤال. وبه ظَهَرَ سَقُوطُ هذا البحثِ مِن أَصلِهِ، فافهم، واغْنَمْ هذا التَّحْريْرَ ^(٥). [٢٦٢٠٠] (قوله: ولذا لم يَجِبِ السُّؤالُ) أي: سؤالُ القاضي عن حالِ المحبوسِ، وإنَّما يَسألُ احتياطاً كما مرَّ ^(٦).

[٢٦٢٠١] (قوله: فإن لم يَظْهَرْ له مالٌ خَلاَهُ) أي: أطلقَهُ مِن الحَبْسِ جَبْراً على الدَّائِنِ، "نهر" ^(٧). ثُمَّ إنَّ إطلاَقَهُ بإخبار واحدٍ لا يكونُ ثبوتاً، حتّى لا يجوزُ أن يقولَ هذا القاضي: ثَبَّتَ عِنْدِي أَنَّهُ مُعْسِرٌ، ولا ينقلُ ثبوتَهُ إلى قاضيٍ آخَرَ، بل هذا يختصُّ بهذا القاضي، "أنفع الوسائل" ^(٨)، وأقرَّهُ في "البحر" ^(٩) و"النَّهر" ^(١٠). [٢٦٢٠٢] (قوله: وَوَقْفٌ) ذكرَهُ في "البحر" ^(١١) بحثاً إلحاقاً باليتيم.

(١) "أنفع الوسائل": مسألة الحبس في الديون ص ٣٤٧-تصرف.

(٢) ((لا)) ليست في "د" و"و".

(٣) "الزاريّة": كتاب أدب القاضي - الفصل العاشر في الحبس ٢٢٧/٥ تصرف (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) "شرح أدب القاضي" للمصدر الشهيد: الباب الحادي والثلاثون - البينة على الإفلاس بعد الحبس وقيل مضي المدة المقررة ٣٧٠/٢ باختصار.

(٥) في "الأصل": ((التقرير)).

(٦) ص ٣٨٨ - "در".

(٧) "النهر": كتاب القضاء - فصل في الحبس ق ٤٣٢/أ.

(٨) "أنفع الوسائل": مسألة الحبس في الديون ص ٣٤٨-تصرف.

(٩) "البحر": كتاب القضاء - فصل في الحبس ٣١٢/٦.

(١٠) "النهر": كتاب القضاء - فصل في الحبس ق ٤٣٢/أ.

(١١) "البحر": كتاب القضاء - فصل في الحبس ٣١٢/٦.

وفي "القنية"^(١): ((برهنَ المحبوسُ على إفلاسيه، فأرادَ الدائنُ إطلاقَه قبلَ تَقْلِيْسِهِ فعلى القاضي القضاء به، حتَّى لا يُعيدهُ الدائنُ ثانياً)).

(فرغ)

أحضَرَ المحبوسُ الدَّيْنَ وغابَ رَبُّهُ يُريدُ تطويلَ حَبْسِهِ إِنْ عَلِمَهُ وَقَدَّرَهُ أَخَذَهُ.....

[٢٦٢٠٣] (قوله: فعلى القاضي القضاء به) أي: إذا أبى المحبوسُ أَنْ يَخرجَ حتَّى يُقضى بإفلاسيه كما في "البحر"^(٢) وغيره.

[٢٦٢٠٤] (قوله: حتَّى لا يُعيدهُ الدائنُ ثانياً) أي: قبلَ ظُهورِ غِناءِ، "بحر"^(٣). والظاهرُ أَنَّ المرادَ أَنْ لا يُعيدهُ قاضي آخر؛ لأنَّ الأوَّلَ ظَهَرَ لَهُ حالُه، فكيف يُعيدهُ إلى الحبسِ؟! بل لا يُعيدهُ لا لهذا الدائن ولا لغيره حتَّى يَبْتَغِ غِناءَه كما هو صريحُ عبارة "البزازیة" المذكورة^(٤)، وأيضاً إذا ثَبَتَ إَعسارُهُ الحادثُ بشهادةٍ تامَّةٍ بعدَ حُصُومَةٍ كما مرَّ^(٥) فليس لقاضي آخرَ حَبْسُهُ ثانياً فيما يَظْهَرُ؛ لأنَّه يَكُونُ بُتُوثاً يَتَعَدَّى، بخلافِ ما إذا أَطْلَقَهُ بإخبارٍ واحدٍ، تأمَّلْ. وقَدَّمَ "الشارح"^(٦) في ١/٢٠٩/٣١ الوقفَ في صُورٍ مَنْ يَنْتَصِبُ حَصْماً عن غيره عَدَمِهَا المديونَ إذا ثَبَتَ إَعسارُهُ في وجهِ أحدِ الغُرماء. [٢٦٢٠٥] (قوله: يُريدُ تطويلَ حَبْسِهِ) الظاهرُ أَنَّهُ قَيَّدَ باعتبارِ العادة، وإلَّا ففي غَيْبَتِهِ تطويلُ حَبْسِهِ وإنْ لم يُرِدْ ذلك، ولذا لم يُقَيَّدَ بذلك في عبارة "الأشباه" الآتية^(٧)، أفادَهُ "ط"^(٨).

[٢٦٢٠٦] (قوله: وَقَدَّرَهُ) بالنَّصْبِ عطفاً على الضَّميرِ المنصوبِ في ((عِلْمَهُ)).

(١) "القنية": كتاب أدب القاضي - باب الحبس والإشهاد على الإفلاس ق ١٣٢/ب بتصرف، نقلًا عن برهان الدين صاحب "المحيط".

(٢) "البحر": كتاب القضاء - فصل في الحبس ٣١٢/٦.

(٣) ص ٣٩٤ - "در".

(٤) المقالة [٢٦١٩٨] قوله: ((إِلَّا إِذَا تَنَازَعَا [الخ])).

(٥) في الصحيفة نفسها "در".

(٦) ص ٣٩٤ - "در".

(٧) "ط": كتاب القضاء - فصل في الحبس ١٨٩/٣.

أو كفيلاً وخلاًه، "حائنة"^(١). وفي "الأشباه"^(٢): ((لا يجوز إطلاق المحبوس إلا برضا خصمه، إلا إذا ثبت إعساره أو أحضر الدّين للقاضي في غيبة خصمه)). (ولو قال) مَنْ يراد حِسْهُ: (أبيع عَرَضِي وَأَقْضِي دَيْنِي أَجَلَهُ الْقَاضِي) يومين أو (ثلاثة أيام، ولا يحسُّه؛ لأنَّ الثلاثة مُدَّةٌ ضَرِبَتْ لِإِبْلَاءِ الْأَعْدَارِ، (ولو له عَقَارٌ يَحْسِبُهُ) أي: (لِيبَعَهُ وَيَقْضِي الدَّيْنَ) الذي عليه (ولو بَثْمٍ قَلِيلٍ)، "بِرَازِيَّة"^(٣)،

[٢٦٢٠٧] (قوله: أو كفيلاً) أي: بالمال أو النفس.

[٢٦٢٠٨] (قوله: إلا إذا ثبت إعساره) المناسب إسقاط ((الآ)) وعطفه بـ ((أو))، والمراد بالثبوت: الظهور ولو برأي القاضي أو إخبار عدل كما مر^(٤).

[٢٦٢٠٩] (قوله: أبيع عرضي) انظر: ما فائدة التقييد بالعرض؟ فإنَّ العَقَارَ كذلك فيما يظهر، وكذا لو قال: أمهلني ثلاثاً لأدفعه كما قدَّمناه^(٥) عن "شرح الوهبائية"، وهذا أعمُّ من أن يدفعه ببيع عرض، أو عقار، أو باستقراض، أو استيهاب، أو غير ذلك، ولا داعي إلى ما قاله "المصنف" في "المنح"^(٦) من حمِّله على المقيد هنا كما لا يخفى.

[٢٦٢١٠] (قوله: لإبلاء الأعذار) أي: لاختبار مدَّعيها، ويحتمل أنَّ الهمزة للسُّلب. والإبلاء بمعنى الإقناء، أي: لإزالة الأعذار، يعني: أنه لا عُذْرَ له بعدها، فالثلاثة تُبْلِي الأعذار وتُفْنِيها، "ط"^(٧).

(قول "المصنف": يَحْسِبُهُ، أي: لِيَبْعَهُ (إلخ) لم يظهر وجه الإتيان بـ ((أي)) التفسيرية هنا.

(١) "الحائنة": كتاب الدعوى والبيئات - باب الدعوى ٣٧٥/٢ بتصرف (هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) "الأشباه والنظائر": الفن الثاني: الفوائد - كتاب القضاء والشهادات والدعاوي ص ٢٨٢.

(٣) "البرازية": كتاب أدب القاضي - الفصل العاشر في الحبس - نوع في المعاملة مع الدين ٢٢٥/٥ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) المقولة [٢٦١٩٩] قوله: ((قلت: لكتِّها (إلخ))).

(٥) المقولة [٢٦١٤٤] قوله: ((فإنَّ أَيْ حِسَّهُ)).

(٦) "المنح": كتاب القضاء - فصل في الحبس ٢/٥٦ق.ب.

(٧) "ط": كتاب القضاء - فصل في الحبس ١٨٩/٣، وعبارته: ((تفنيها)) بدل ((تفنيها)).

وسيجيء تمامه في الحجر. (ولم يمنع غرماءه عنه) على الظاهر، فيلزمونه نهائراً

(٢٦٢١١) (قوله: وسيجيء تمامه في الحجر) قال "المصنف" و"الشارح" هناك^(١): ((والقاضي

يحبس الحر المدين لبيع ماله لدينه، وقضى دراهم دينه من دراهمه، يعني: بلا أمره، وكذا لو كانا دنائير وباع دنائيره بدراهم دينه، وبالعكس استحساناً؛ لاتحادهما في الثمنية.

لا يبيع القاضي عرضه ولا عقاره للدين خلافاً لهما، وبه - أي: بقولهما ببيعهما للدين - يُفتى، "اختيار"^(٢). وصححه في "تصحيح القُدوري"^(٣). ويبيع كل ما لا يحتاجه للدين - اهـ.

وحاصله: أنه إذا امتنع عن البيع يبيع عليه القاضي عرضه، وعقاره، وغيرهما، وفي "البرازية"^(٤): ((وقرّع على صحة الحجر: أنه يُترك له دَسْتُ^(٥) من الثياب، ويُباع الباقي، وتُباع الحسنة، ويُشترى له الكفاية، ويُباع كانون الحديد، ويُشترى له من طين، ويُباع في الصيف ما يحتاجه للشتاء، وعكسه)).

(٢٦٢١٢) (قوله: ولم يمنع غرماءه عنه) عطف على قوله: ((حالة))، وكان ينبغي

ذكره عقبه.

(٢٦٢١٣) (قوله: على الظاهر) أي: ظاهر الرواية، وهو الصحيح، "بحر"^(٦).

مطلب في ملازمة المدين

(٢٦٢١٤) (قوله: فيلزمونه إلخ) قال في "أنفع الوسائل"^(٧): ((وبعدما خشي القاضي سبيله

فلصاحب الدين أن يلزمه في الصحيح، وأحسن الأقاويل في الملازمة ما روي عن "محمد" أنه قال:

(١) انظر "الدر" عند المقولة [٣٠٨٦٦] قوله: ((ليبيع ماله)).

(٢) "الاختيار": كتاب الحجر وأسابيه ٩٨/٢.

(٣) "التصحيح والترجيح": كتاب الحجر ص ٢٦٤.

(٤) "البرازية": كتاب أدب القاضي - الفصل العاشر في الحبس - نوع في المعاملة مع الدين ٢٢٥/٥ بتصرف (هامش

"الفتاوى الهندية")، والذي في مطبوعتنا من "البرازية": ((أنه يُترك له دَسْتَان من الثياب)).

(٥) الدَسْتُ من الثياب: ما يلبسه الإنسان ويكفيه لتردده في حوائجه. اهـ "المصباح": مادة ((دست)).

(٦) "البحر": كتاب القضاء - فصل في الحبس ٣١٣/٦ بتصرف، نقلاً عن "المحيط".

(٧) "أنفع الوسائل": مسألة الحبس في الدين ص ٣٢٩.

لا ليلًا، إلّا أن يكتسب فيه، ويستأجر للمرأة امرأة^(١) تُلَازِمُها، "منية".

(فرغ)

لو اختارَ المطلوبُ الحبسَ والطَّالِبُ المُلازِمَةَ ففي حَجَرِ "الهداية"^(٢): ((يُخَيَّرُ
الطَّالِبُ إلّا لَضَرَرٍ))،

يُلَازِمُها في قيامه وقعوده، ولا يَمْنَعُهُ مِنَ الدُّخُولِ عِى أَهْلِهِ، ولا مِنَ الغَدَاةِ والعِشاءِ، والوُضوءِ،
والخَلَاةِ، وله أن يُلَازِمَها بِنَفْسِهِ، وإِخوانِهِ، وَلِوَلَدِهِ مِمَّنْ أَحَبَّ)) اهـ. وتَمَامُهُ في "البحر"^(٣).

٣٢٠/٤

[٢٦٢١٤]* (قوله: لا ليلًا)، لأنّه ليس بوقتِ الكَسْبِ، فلا يَتَوَهَّمُ وقوعُ المالِ في يَدِهِ، فالمُلازِمَةُ
لا تُقيدُ، "بحر"^(٤) عن "المحيط".

ويُظْهَرُ مِنْهُ أَنَّهُ ليس له المُلازِمَةُ في وقتٍ لا يَتَوَهَّمُ وقوعُ المالِ في يَدِهِ فيه كما لو كان مريضاً مثلاً،
تأمل. وأنّه ليس له مُلازِمَتُهُ ليلًا على قِصْدِ الإِضْجارِ؛ لأنَّ الكلامَ فيما بعدَ ظُهُورِ عُسْرَتِهِ وتَحْلِيثِهِ
مِنَ الحبسِ، والعِلَّةُ في المُلازِمَةِ إمكانُ قُدْرَتِهِ على الوفاءِ بعدَ تَحْلِيثِهِ، فَيُلَازِمُها كَيْلًا يُخَفِّيه.

[٢٦٢١٥] (قوله: ويستأجر للمرأة امرأة^(٥) تُلَازِمُها، "منية") عبارة "منية المفتي": ((ولو كان
المُدْعَى عليه امرأة، قيل: يستأجر امرأة تُلَازِمُها، وقيل: له أن يُلَازِمَها وَيَجْلِسَ معها وَيَقْبِضَ على
ثِيَابِها بالنَّهارِ، أمّا بِاللَّيْلِ فتُلَازِمُها النَّساءُ، فَإِنْ هَرَبَتْ ودَخَلَتْ خَرَبَةً لا بأسَ أنْ يَدْخُلَ الرَّجُلُ إِذَا
كانَ يَأْمَنُ على نَفْسِهِ في ذلك، ويَكُونُ بعيداً مِنْها، ويَحْفَظُها بِعَيْنِهِ)) اهـ. ونَقَلَ الثَّانِي في "البحر"^(٦)
عن "الواقعات" معللاً بأنَّ له ضرورةً في هذه الخَلْوَةِ، أي: الخَلْوَةِ بِالرَّأَةِ الأَجْنِبِيَّةِ.

[٢٦٢١٦] (قوله: إلّا لَضَرَرٍ) عبارة "الهداية"^(٧): ((إلّا إِذَا عَلِمَ القاضِي أنَّ بِالْمُلازِمَةِ يَدْخُلُ

(١) في "ط" و"ب": ((مرأة)).

(٢) "الهداية": كتاب الحجر - باب الحجر بسبب الدين ٢٨٧/٣.

(٣) انظر "البحر": كتاب القضاء - فصل في الحبس ٣١٣/٦.

(٤) "البحر": كتاب القضاء - فصل في الحبس ٣١٣/٦.

(٥) في "الأصل" و"ك" و"ب" و"م": ((مرأة)).

(٦) "البحر": كتاب القضاء - فصل في الحبس ٣١٣/٦.

(٧) "الهداية": كتاب الحجر - باب الحجر بسبب الدين ٢٨٧/٣.

وَكَلَّفَهُ فِي "الْبَرَازِيَّةِ" لِكِفَالِ النَّفْسِ، وَلِلطَّالِبِ مُلَازِمَتَهُ بِلَا أَمْرِ قَاضٍ لَوْ مُقَرَّرًا بِحَقِّهِ، (وَلَا يَقْبَلُ بُرْهَانَهُ عَلَى إِفْلَاسِهِ قَبْلَ حَبْسِهِ)؛ لِقِيَامِهَا عَلَى النَّفْيِ،

عَلَيْهِ ضَرَرٌ بَيِّنٌ: بِأَنْ لَا يُمَكِّنُهُ مِنْ دُخُولِ دَارِهِ، فَحِينَئِذٍ يَحْبِسُهُ دَفْعًا لِلضَّرَرِ)) اهـ.

قُلْتُ: وَالظَّاهِرُ أَنَّ هَذَا فِيمَنْ لَمْ يَظْهَرْ لِلْقَاضِي عُسْرَتُهُ [ب/٢٠٩٣/٣] بَعْدَ حَبْسِهِ، وَإِلَّا فَكَيْفَ يُحْبَسُ ثَانِيًا بِلَا ظُهُورِ غِنَاؤِهِ؟ أَوْ هُوَ مَقْرُوضٌ فِيمَا قَبْلَ الْحَبْسِ أَصْلًا.

[٢٦٢١٧] (قَوْلُهُ: وَكَلَّفَهُ فِي "الْبَرَازِيَّةِ" لِكِفَالِ النَّفْسِ) الْأَوَّلَى: بِكِفَالِ^(١)، بِالْبَاءِ. وَعِبَارَةُ "الْبَرَازِيَّةِ"^(٢) نَقْلًا عَنِ الْإِمَامِ "مُحَمَّدٍ": ((وَأِنْ فِي مُلَازِمَتِهِ ذَهَابُ قُوَّتِهِ وَعِيَالِهِ أَكَلَّفَهُ أَنْ يُقِيمَ كِفَالًا بِنَفْسِهِ ثُمَّ يُخَلِّي سَبِيلَهُ)).

[٢٦٢١٨] (قَوْلُهُ: وَلَا يَقْبَلُ بُرْهَانَهُ عَلَى إِفْلَاسِهِ قَبْلَ حَبْسِهِ الْخ) هَذَا مُقَابِلُ قَوْلِهِ: ((ثُمَّ بَعْدَ حَبْسِهِ سَأَلَ عَنْهُ))، وَقَدْ اِخْتَلَفَ التَّصْحِيحُ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ، فَفِي "الْخَانِيَّةِ"^(٣) عَنْ "ابْنِ الْفَضْلِ": ((أَنَّ الصَّحِيحَ الْقَبُولُ))، وَفِي "شرح أدب القضاء"^(٤): ((أَنَّ الصَّحِيحَ عَدَمُهُ، وَأَنَّ عَلَيْهِ عَامَّةَ الْمَشَايخِ))، وَاجْتِهَادُ فِي "الْخَانِيَّةِ"^(٥): ((أَنَّهُ مُقَوَّضٌ إِلَى رَأْيِ الْقَاضِي: فَإِنْ رَأَى أَنَّهُ لَيْنٌ يَقْبَلُ، وَإِنْ عَلِمَ أَنَّهُ وَقِحٌ لَا)). قَالَ فِي "أَنْفَعُ الْوَسَائِلِ"^(٦): ((وَكَأَنَّهُ أَرَادَ بِقَوْلِهِ: (لَيْنٌ) أَنْ يَعْتَذِرَ إِلَيْهِ وَيَتَلَطَّفَ مَعَهُ، وَيَقُولَ: (وَقِحٌ) أَنْ يَقُولَ: لَوْ قَعَدْتُ فِي الْحَبْسِ كَذَا وَكَذَا لَا يَحْصُلُ لَكَ مِنْ شَيْءٍ، وَآخِرَتِي أَخْرَجُ عَلَى رَغْمِكَ، وَنَحْوَ ذَلِكَ))، ثُمَّ قَالَ^(٧): ((وَكَانَ وَالِدِي يَقُولُ: يَنْبَغِي لِقَاضِي إِذَا عَلِمَ أَنَّ بَيِّنَتَهُ عُدُولٌ مُمَيَّزُونَ^(٧) فِي الْعَدَالَةِ يَقْبَلُ))، قَالَ: ((وَهَذَا حَسَنٌ أَيْضًا وَعَمَلِي عَلَيْهِ؛

(١) كَمَا فِي نَسَخَةِ "و" وَ"ط".

(٢) "الْبَرَازِيَّةُ": كِتَابُ أَدَبِ الْقَاضِي - الْفَصْلُ الْعَاشِرُ فِي الْحَبْسِ - نَوْعٌ فِي الْحَجَرِ ٢٢٩/٥ (هَامِشُ "الْفَتَاوَى الْهِنْدِيَّة").

(٣) "الْخَانِيَّةُ": كِتَابُ الدَّعْوَى وَالْبَيِّنَاتِ - بَابُ الدَّعْوَى ٣٧٣/٢ (هَامِشُ "الْفَتَاوَى الْهِنْدِيَّة").

(٤) "شرح أدب القاضي" لِلصَّيْدِيِّ الشَّهِيدِ: الْبَابُ الْحَادِي وَالثَّلَاثُونَ - الْبَيْتَةُ عَلَى الْإِفْلَاسِ قَبْلَ الْحَبْسِ ٣٦٩/٢.

(٥) "الْخَانِيَّةُ": كِتَابُ الدَّعْوَى وَالْبَيِّنَاتِ - بَابُ الدَّعْوَى ٣٧٣/٢ (هَامِشُ "الْفَتَاوَى الْهِنْدِيَّة").

(٦) "أَنْفَعُ الْوَسَائِلِ": مَسْأَلَةُ الْحَبْسِ فِي الدِّيُونِ ص ٣٤٩ - ٣٥٠. بِتَصْرِفٍ.

(٧) فِي النِّسْخِ جَمِيعُهَا: ((مُتَّهَدُونَ))، وَمَا أَثْبَتْنَاهُ عِبَارَةً "أَنْفَعُ الْوَسَائِلِ".

وصَحَّحَهُ "عزمي زاده"، وصَحَّحَ غَيْرُهُ قَبُولَهَا، وَالْمُعَوَّلُ عَلَيْهِ رَأْيُهُ كَمَا مَرَّ^(١)، فَإِنْ عَلِمَ إِعْسَارُهُ قَبْلَهَا، وَإِلَّا لَا، "نهر"، فَلْيُحْفَظْ.....

لَأَنَّ الْعَدْلَ الْمُتَحَرِّيَّ لَا يَشْهَدُ مَا لَمْ يَقْطَعْ بِفَقْرِهِ، بِخِلَافِ غَيْرِهِ مِمَّنْ يَحْتَاجُ إِلَى تَرْكِيبَةٍ^(٢) وَلَا يَعْرِفُ الْقَاضِي تَحْرِيَهُ وَلَا دِيَانَتَهُ)) اهـ مُلْخَصًا.

وَبَقِيَ مَا إِذَا بَرَهَنَ عَلَى إِفْلَاسِهِ بَعْدَ حَبْسِهِ قَبْلَ مُضِيِّ الْمُدَّةِ، وَفِي "الْحَانِيَّةِ"^(٣): ((لَا يَقْبَلُ فِي الرُّوَايَاتِ الظَّاهِرَةِ إِلَّا بَعْدَ مُضِيِّ الْمُدَّةِ)) اهـ. وَمَشَى الْإِمَامُ "الْخَصَافُ" فِي "أَدَبِ الْقَضَاءِ"^(٤) عَلَى قَبُولِهَا قَبْلَ مُضِيِّ الْمُدَّةِ.

[مطلب: "عزمي زاده" ليس من أهل التصحيح]

[٢٦٢١٩] (قوله: "وصحَّحَهُ "عزمي زاده") ليس هو من أهل التصحيح، ولكنه نقلَ عن "الزَّيْلَعِيِّ"^(٥): ((أَنَّ عَلَيْهِ عَامَّةَ الْمَشَائِخِ)).

قلت: وعليه "الكنز"^(٦) وغيره، وَعَلِمْتَ التَّصْرِيحَ بِتَصْحِيحِهِ، وَعَلَّلَهُ "الزَّيْلَعِيُّ"^(٧): ((بَأَنَّهَا بَيِّنَةٌ عَلَى النَّفْيِ فَلَا تُقْبَلُ مَا لَمْ تَتَأَيَّدَ بِمُؤَيَّدٍ، وَهُوَ الْحَبْسُ، وَبَعْدَهُ تُقْبَلُ عَلَى سَبِيلِ الْإِحْتِيَاظِ لَا عَلَى الْوَجُوبِ كَمَا بَيَّنَّا)) اهـ.

[٢٦٢٢٠] (قوله: "والمُعَوَّلُ عَلَيْهِ رَأْيُهُ أَي: رَأْيُ الْقَاضِي. وَاعْلَمْ أَنَّ كَلَامَ "النَّهْرِ"^(٨) هُنَا غَيْرُ مُحَرَّرٍ، فَإِنَّهُ قَالَ بَعْدَ تَعْلِيلِ "الزَّيْلَعِيِّ" لِلْمَذْكُورِ أَنْفَاءً^(٩): ((وَالْمُعَوَّلُ عَلَيْهِ رَأْيُهُ كَمَا مَرَّ عَنِ "شَيْخِ الْإِسْلَامِ"، وَهَذَا هُوَ إِحْدَى الرُّوَايَتَيْنِ، وَهُوَ اخْتِيَارُ الْعَامَّةِ، وَهُوَ الصَّحِيحُ، وَقَالَ "ابْنُ الْفَضْلِ":

(١) ص ٣٨٥ - ٣٨٦ - "ذر".

(٢) فِي "تَرْكِيبَتِهِ)).

(٣) "الْحَانِيَّةُ": كِتَابُ الدَّعْوَى وَالْبَيِّنَاتِ - بَابُ الدَّعْوَى ٣٧٣/٢ (هَامِشُ "الْفَتَاوَى الْهِنْدِيَّةُ").

(٤) انظر "شرح أدب القاضي" للمصدر الشهيد: الباب الحادي والثلاثون - البيعة على الإفلاس بعد الحبس وقبل مضي المدة ٣٧٠/٢.

(٥) "تبين الحقائق": كِتَابُ الْقَضَاءِ - فَصْلُ فِي الْحَبْسِ ١٨١/٤.

(٦) انظر "شرح العيني على الكنز": كِتَابُ الْقَضَاءِ - فَصْلُ: وَإِذَا ثَبَتَ الْحَقُّ لِلْمُدَّعِي أَمْرُهُ بِدَفْعِ مَا عَلَيْهِ ٨٧/٢.

(٧) "تبين الحقائق": كِتَابُ الْقَضَاءِ - فَصْلُ فِي الْحَبْسِ ١٨١/٤.

(٨) "النهر": كِتَابُ الْقَضَاءِ - فَصْلُ فِي الْحَبْسِ ق ٤٣٢/ب.

(٩) فِي الْمَقُولَةِ السَّابِقَةِ.

((وَبَيِّنَةُ يَسَارِهِ أَحَقُّ)) مِنْ بَيِّنَةِ إِعْسَارِهِ بِالْقَوْلِ؛

الصَّحِيحُ أَنَّهَا تُقْبَلُ، وَقَالَ "قَاضِي خَان" ^(١): يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ مُفَوَّضاً إِلَى رَأْيِ الْقَاضِي: إِنْ عَلِمَ يَسَارُهُ لَا يَقْبَلُهَا، وَإِنْ عَلِمَ إِعْسَارُهُ قَبِلَهَا هـ. وَيَقْيِي مَا إِذَا لَمْ يَعْلَمْ مِنْ حَالِهِ شَيْئاً، وَالظَّاهِرُ: أَنَّهُ لَا يَقْبَلُهَا)) هـ مَا فِي "النَّهْر". وَفِيهِ: أَنَّ مَا مَرَّ عَنْ "شَيْخِ الْإِسْلَام" هُوَ مَا قَدَّمْنَاهُ ^(٢) عَنْهُ فِي سَوَالِهِ عَنْ حَالِ الْمَجْبُوسِ بَعْدَ تَمَامِ الْمَدَّةِ، وَأَنَّهُ لَا يَجِبُ، بَلْ لَهُ أَنْ يَعْمَلَ بِمَا يَرَاهُ، وَلَا يَخْفَى أَنَّ كَلَامَنَا هُنَا فِيمَا قَبْلَ الْحَبْسِ، وَمَا نَقَلَهُ عَنْ "قَاضِي خَان" غَيْرُ مَا قَدَّمْنَاهُ عَنْهُ أَنْفَاءً ^(٣)، وَلَا يَخْفَى مَا فِيهِ، فَإِنَّهُ إِذَا عَلِمَ إِعْسَارُهُ وَكَانَ ظَاهِراً يُسْأَلُ عَنْهُ عَاجِلاً، وَيَقْبَلُ بَيِّنَتَهُ، وَيُخْلِي سَبِيلَهُ كَمَا قَدَّمَهُ "الشَّارِحُ" ^(٤)، وَالْكَلَامُ هُنَا فِيمَا إِذَا كَانَ أَمْرُهُ مُشْكِلاً كَمَا فِي "الْبِرَازِيَّة" ^(٥)، حَيْثُ قَالَ: ((وَإِنْ كَانَ أَمْرُهُ مُشْكِلاً هَلْ يَقْبَلُ الْبَيِّنَةَ قَبْلَ الْحَبْسِ؟ فِيهِ رَوَاتَانِ)).

مطلب: بَيِّنَةُ الْيَسَارِ أَحَقُّ مِنْ بَيِّنَةِ الْإِعْسَارِ عِنْدَ التَّعَارُضِ

[٢٦٢٢١] (قَوْلُهُ: وَبَيِّنَةُ يَسَارِهِ أَحَقُّ إِيَّاهُ) هَذَا ظَاهِرٌ فِيمَا يَكُونُ فِيهِ الْقَوْلُ لِلْمَدْيُونِ أَنَّهُ فَقِيرٌ؛ لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ لِإِثْبَاتِ خِلَافِ الظَّاهِرِ، وَذَلِكَ فِي بَيِّنَةِ الْيَسَارِ، أَمَّا الْقِسْمُ الْأَوَّلُ - وَهُوَ مَا يَكُونُ الْقَوْلُ فِيهِ لِلْمُدَّعِي بِأَنْ كَانَ الدَّيْنُ مُلْتَزِماً بِمُقَابَلَةِ مَالٍ أَوْ بَعْدٍ - فَلَا يَظْهَرُ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ فِيهِ الْيَسَارُ، بَلِ الظَّاهِرُ تَقَدُّمُ بَيِّنَةِ الْإِعْسَارِ؛ لِإِثْبَاتِهَا خِلَافَ الظَّاهِرِ، وَلَمْ أَرِ مَنْ فَصَّلَ، بَلْ كَلَامُهُمْ هُنَا مُجْمَلٌ، فَنُيْتَأَمَّلُ.

(قَوْلُهُ: أَمَّا الْقِسْمُ الْأَوَّلُ - وَهُوَ مَا يَكُونُ الْقَوْلُ فِيهِ لِلْمُدَّعِي، إِلَى قَوْلِهِ: فَلَا يَظْهَرُ) الْأَسْلَمُ إِبْقَاءُ كَلَامِ "الْمَصْنُفِ" عَلَى عُمُومِهِ وَإِنْ لَمْ يَظْهَرْ وَجْهُهُ.

(١) "الْحَانِيَّة": كِتَابُ الدَّعْوَى وَالْبَيِّنَاتِ - بَابُ الدَّعْوَى ٣٧٣/٢ بِتَصْرِفٍ (هَامِشُ "الْفَتَاوَى الْهِنْدِيَّة").

(٢) الْمَقُولَةُ [٢٦١٩٣] قَوْلُهُ: ((أَحْيَاظاً لَا وَجُوباً)) وَالْمَقُولَةُ [٢٦١٩٩] قَوْلُهُ: ((قُلْتُ: لَكُنْهَا إِيَّاهُ)).

(٣) فِي هَذِهِ الْمَقُولَةِ.

(٤) ص ٣٨٦ - "دُر".

(٥) "الْبِرَازِيَّة": كِتَابُ أدبِ الْقَاضِي - الْفَصْلُ الْعَاشِرُ فِي الْحَبْسِ - نَوْعٌ فِي الْمَعَامَلَةِ مَعَ ٢٢٥/٥ - ٢٢٦ (هَامِشُ "الْفَتَاوَى الْهِنْدِيَّة").

لأنَّ الْيَسَارَ عَارِضٌ، وَالْبَيِّنَاتُ لِلْإِثْبَاتِ، نَعَمْ، لَوْ بَيَّنَّ سَبَبَ إِعْسَارِهِ وَشَهِدُوا بِهِ.....

[٢٦٢٢٢] (قوله: لأنَّ الْيَسَارَ عَارِضٌ) فَإِنَّ الْآدَمِيَّ يُؤَلِّدُ وَلَا مَالَ لَهُ كَمَا مَرَّ^(١)، لَكِنْ إِذَا تَحَقَّقَ دُخُولُ الْمُبِيعِ فِي يَدِهِ صَارَ الْيَسَارُ هُوَ الْأَصْلُ، فَيَنْبَغِي تَرْجِيحُ بَيِّنَةِ الْإِعْسَارِ كَمَا قُلْنَا، تَأْمَلْ.
[٢٦٢٢٣] (قوله: نَعَمْ، لَوْ بَيَّنَّ إلخ) عبارة "الفتح"^(٢) هَكَذَا: ((وَكُلَّمَا تَعَارَضَتْ بَيِّنَةُ الْيَسَارِ وَالْإِعْسَارِ ٢/٣١٠ ق/٣) قُدِّمَتْ بَيِّنَةُ الْيَسَارِ؛ لِأَنَّ مَعَهَا زِيَادَةَ عِلْمٍ، اللَّهُمَّ إِلَّا أَنْ يُدْعَى أَنَّهُ مُوسِرٌ وَهُوَ يَقُولُ: أَعْسَرْتُ مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ، وَأَقَامَ بِذَلِكَ بَيِّنَةً، فَإِنَّهَا^(٣) تَقْدَمُ؛ لِأَنَّ مَعَهَا عِلْمًا بِأَمْرِ حَادِثٍ، وَهُوَ حَدُوثُ ذَهَابِ الْمَالِ)) اهـ. قَالَ فِي "الْبَحْرِ"^(٤): ((وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ بَحْثٌ مِنْهُ، وَلَيْسَ بِصَحِيحٍ؛ لَجَوَازِ حَدُوثِ الْيَسَارِ بَعْدَ إِعْسَارِهِ الَّذِي ادَّعَاهُ)) اهـ. وَرَدَّهُ "الْمُقَدِّسِيُّ" بِقَوْلِهِ: ((وَهَذَا تَجَرُّ مِنْ غَيْرِ تَجَرُّ*)) اهـ.

٣٢١/٤

قُلْتُ: وَوَجْهُهُ أَوَّلًا: مَنَعُ كَوْنِهِ بِحْثًا، بَلْ ظَاهِرُ كَلَامِ "الْفَتْحِ" أَنَّهُ مَنْقُولٌ، كَيْفَ وَهُوَ مُوَافِقٌ لِمَا قَدْ مَنَّا^(٥) عَنْ "أَنْفَعِ الْوَسَائِلِ" عَنْ "النَّهْيَةِ" عِنْدَ قَوْلِ "الشَّارَحِ": ((إِلَّا إِذَا تَنَازَعَا)) ١٩ وَثَانِيًا: مَا قَالَهُ فِي "النَّهْرِ"^(٦): ((مِنْ أَنَّهُ يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ مَعْنَاهُ: أَنَّهُ بَيَّنَّ سَبَبَ الْإِعْسَارِ وَشَهِدُوا بِهِ، وَمَا فِي "الْبَحْرِ" مَدْفُوعٌ بِأَنَّهُمْ لَمْ يَشْهَدُوا بِيَسَارٍ حَادِثٍ بَلْ عَمَّا هُوَ سَابِقٌ عَلَى الْإِعْسَارِ الْحَادِثِ، وَبَيِّنَةُ الْإِعْسَارِ تُحْدِثُ أَمْرًا عَارِضًا)) اهـ.

لَكِنْ يَظْهَرُ لِي أَنَّ بَيَانَ سَبَبِ الْإِعْسَارِ غَيْرُ لَازِمٍ، بَلْ يَكْفِي قَوْلُهُمْ: إِنَّهُ أَعْسَرَ بَعْدَ ذَلِكَ، تَأْمَلْ.

(١) الْمُقُولَةُ [٢٦١٨١] قَوْلُهُ: ((إِذَا الْأَصْلُ الْعُسْرَةُ)).

(٢) "الْفَتْحُ": كِتَابُ أَدَبِ الْقَاضِي - فَصْلُ فِي الْحِسِّ ٣٧٧/٦.

(٣) فِي "الْأَصْلِ" وَ"ب" وَ"ف" ((فَإِنَّهُ))، وَمَا أَثْبَتْنَاهُ مِنْ "م" هُوَ الْمَوْافِقُ لِعِبَارَةِ "الْفَتْحِ"، وَأَشَارَ إِلَيْهِ مُصَحِّحُ "ب".

(٤) "الْبَحْرُ": كِتَابُ الْقَضَاءِ - فَصْلُ فِي الْحِسِّ ٣١٤/٦.

❖ قَوْلُهُ: ((وَهَذَا تَجَرُّ مِنْ غَيْرِ تَجَرُّ)) الْأَوَّلُ بِالْجِيمِ مِنَ الْحَرَاءَةِ، وَهِيَ الْإِقْدَامُ عَلَى الشَّيْءِ بِلَا تَرَوٍّ، وَالثَّانِي بِالْحَاءِ الْمَهْمَلَةِ، وَهُوَ طَلِبُ الْأَمْرِ الْأُخْرَى، أَيِ: الْأَوْفَى. اهـ مِنْهُ.

(٥) الْمُقُولَةُ [٢٦١٩٨] قَوْلُهُ: ((إِلَّا إِذَا تَنَازَعَا إلخ)).

(٦) "النَّهْرُ": كِتَابُ الْقَضَاءِ - فَصْلُ فِي الْحِسِّ ق/٤٣٢ بَاخْتِصَارٍ.

فَتَقَدَّمَ لِإِبْثَاتِهَا أَمْرًا عَارِضًا، "فتح" ^(١) بحثًا، واعْتَمَدَهُ فِي "النَّهْر" ^(٢). وَفِي "الْقَنِيَّة" ^(٣): ((إِنْ لَمْ يُبَيِّنُوا مَقْدَارَ مَا يَمْلِكُ قُبْلَتَ، وَإِلَّا لَمْ يُمَكِّنْ قُبُولُهَا؛ لِأَنَّهَا قَامَتْ لِلْمَحْبُوسِ وَهُوَ مُنْكَرٌ، وَالْبَيِّنَةُ مَتَى قَامَتْ لِلْمُنْكَرِ لَا تُقْبَلُ)). (وَأَبَدَ حَبْسَ الْمُوسِرِ؛ لِأَنَّهُ جَزَاءُ الظُّلْمِ.

(تنبيه)

قال "البيري" ^(٤): ((وفي "أوضح رمز" ^(٥) نقلًا عن "المستصفي" ^(٦): واعلم أنَّ بَيِّنَةَ الإِعْسَارِ إِنَّمَا تُقْبَلُ إِذَا قَالُوا: إِنَّهُ كَثِيرُ الْعِيَالِ وَضَيِّقُ الْحَالِ، أَمَّا إِذَا قَالُوا: لَا مَالَ لَهُ لَا تُقْبَلُ)) اهـ.

[٢٦٢٢٤] (قوله: فَتَقَدَّمَ) الأولى حذفُ الفاء، "ط" ^(٧).

[٢٦٢٢٥] (قوله: قُبْلَتَ) لأنَّ المقصود منها دَوَامُ الْحَبْسِ عَلَيْهِ، "بحر" ^(٨) عن "البرازية" ^(٩).

[٢٦٢٢٦] (قوله: وَإِلَّا إلخ) أي: بَأَنَّ يُبَيِّنُوا مَقْدَارَ مَا يَمْلِكُ لَمْ يُمَكِّنْ ^(١٠) قُبُولُهَا.

[٢٦٢٢٧] (قوله: لِأَنَّهَا قَامَتْ لِلْمَحْبُوسِ إلخ) أي: عَلَى إِبْثَاتِ مَلِكِهِ لَقَدَّرَ مُعَيَّنٌ. قَالَ فِي

"الْقَنِيَّة" ^(١١): ((وَقَوْلُهُمْ - أَيْ: الشُّهُودُ - : إِنَّهُ مُوسِرٌ لَيْسَ كَذَلِكَ، فَيُقْبَلُ)) اهـ.

قُلْتُ: وَحَاصِلُهُ: أَنَّ الشُّهُودَ لَوْ قَالُوا: إِنَّهُ يَمْلِكُ الشَّيْءَ الْفُلَانِيَّ مَثَلًا لَا تُقْبَلُ؛ لِأَنَّهُ يَقُولُ:

لَا أَمْلِكُ شَيْئًا وَهُمْ يَشْهَدُونَ لَهُ بِأَنَّ ذَلِكَ الشَّيْءَ مِلْكُهُ، وَالْبَيِّنَةُ لَا تُقْبَلُ لِلْمُنْكَرِ بَلْ تُقْبَلُ عَلَيْهِ، وَهَذِهِ شَهَادَةٌ لَهُ صَرِيحًا، وَتَتَضَمَّنُ الشَّهَادَةَ عَلَيْهِ بِيَسَارِهِ وَإِدَامَةِ حَبْسِهِ، وَإِذَا بَطَلَ الصَّرِيحُ بَطَلَ مَا فِي ضَمْنِهِ،

(١) "الفتح": كتاب أدب القاضي - فصل في الحبس ٦/٣٧٧.

(٢) "النهر": كتاب القضاء - فصل في الحبس ق ٤٣٢/ب.

(٣) "القنية": كتاب أدب القاضي - باب الحبس والإفلاس إلخ ق ١٣٣/أ بتصرف، نقلًا عن بكر خواهر زاده عن أبي بكر حامد.

(٤) "عمدة ذوي البصائر": كتاب القضاء والشهادات والدعاوى ق ١٥٠/أ.

(٥) "أوضح رمز على نظم الكنز": للمقدسي (ت ١٠٠٤هـ)، وتقدمت ترجمته ١٠٨/٢.

(٦) "المستصفي" لأبي البركات النسفي (ت ٧١٠هـ)، وتقدمت ترجمته ١٩٦/١.

(٧) "ط": كتاب القضاء - فصل في الحبس ٣/١٩٠.

(٨) "البحر": كتاب القضاء - فصل في الحبس ٦/٣١٤.

(٩) "البرازية": كتاب أدب القاضي - الفصل العاشر في الحبس - نوعٌ في المعاملة معه ٥/٢٢٦ (هامش "الفتاوى الهندية").

(١٠) في "الأصل": ((لم يملك))، وعبارة "القنية": ((لم يكن)).

(١١) "القنية": كتاب أدب القاضي - باب الحبس والإفلاس إلخ ق ١٣٣/أ، نقلًا عن بكر خواهر زاده عن أبي بكر حامد.

قلت: وسيجيء^(١) في الحجر: أنه يُباع مالهُ لدَيْنِهِ عِنْدَهُمَا، وبه يُفْتَى، وحينئذٍ فلا يَتَأَبَّدُ حَبْسُهُ، فَنَبَّهَ. (ولا يُحْبَسُ لِمَا مَضَى مِنْ نَفَقَةِ زَوْجَتِهِ وَوَلَدِهِ) إِذَا ادَّعَى الْفَقْرَ وَإِنْ قُضِيَ بِهَا؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ بِدَلٍّ مَالٍ وَلَا لَزِمَتْهُ بَعْقِدٌ عَلَى مَا مَرَّ^(٢)،.....

بخلاف قولهم: إنه مُوسِرٌ، فإنها شهادةٌ عليه صريحاً، وإن كان قولهم: إنه مُوسِرٌ يَتَضَمَّنُ الشَّهَادَةَ بِأَنَّهُ يَمْلِكُ قَدْرَ الدَّيْنِ أَوْ أَكْثَرَ فَإِنَّهَا لَيْسَتْ بِشَهَادَةٍ لَهُ؛ إِذْ لَيْسَ فِيهَا إِثْبَاتُ شَيْءٍ مُعَيَّنٍ أَوْ مِقْدَارٍ قَدْرَ الدَّيْنِ؛ لِأَنَّ الْيَسَارَ أَعْمٌ، وَأَيْضاً فَإِنَّهَا ضَمْنِيَّةٌ لَا صَرِيحَةٌ، بَلِ الصَّرِيحُ مِنْهَا قَصْدُ إِدَامَةِ حَبْسِهِ، فَافْهَمْ.

[٢٦٢٢٨] (قوله: وسيجيء في الحجر) قدّمنا^(٣) عبارة فيه.

[٢٦٢٢٩] (قوله: وحينئذٍ فلا يَتَأَبَّدُ حَبْسُهُ) أي: على قولهما، وكذا على قوله إن كان ماله غير عقار ولا عَرَضٍ، بل كان من الأثمن ولو خلافاً جنس الدَّيْنِ كما قدّمناه^(٤).

[٢٦٢٣٠] (قوله: ولا يُحْبَسُ لِمَا مَضَى إلخ) اعلم أن نفقة الزوجة لا تصير ديناً على الزوج إلا بالقضاء أو الرضا، فإذا مَضَتْ مَدَّةٌ قَبْلَ الْقَضَاءِ أَوْ الرِّضَا سَقَطَتْ عَنْهُ، والمراد بالمدة^(٥) شهر فأكثر، وكذا نفقة الولد الصغير الفقير، وأما نفقة سائر الأقارب فإنها تسقط بالمضي ولو بعد القضاء أو الرضا، إلا إذا كانت مستدانة بأمر قاضٍ فلا تسقط بالمضي، هذا حاصل ما قدّمه "التنارح"^(٦) في النفقات، لكن ما ذكره من كون الصغير كالزوجة نقله هناك عن "الزيلعي"، وقدّمنا هناك^(٧): أنه مُحَالِفٌ لِإِطْلَاقِ الْمُتَوَنِّ وَالشُّرُوحِ وَلَمَّا صَرَّحَ بِهِ فِي "الهداية" والذخيرة" و"شرح أدب القضاء" والخاتمة": ((من أن نفقة الولد والوالدين والأرحام إذا قضيت بها ومضت مدّة سقطت)).

[٢٦٢٣١] (قوله: وإن قضيت بها) أفاد أنه إذا لم يُقَضَّ بها لا يُحْبَسُ بها بالأولى؛ لأنها لم تصر

(١) انظر "الدر" عند المقولة [٣٠٨٦٦] قوله: ((ليبيع ماله)).

(٢) ص ٣٨٠ - وما بعدها "در".

(٣) المقولة [٢٦٢١١] قوله: ((وسيجيء تمامه في الحجر)).

(٤) في "الأصل": ((بالرأفة))، وهو تحريف.

(٥) ٥٤٤/١٠ وما بعدها "در"، و ٦٦٣/١٠ وما بعدها "در".

(٦) المقولة [١٦٣٦٢] قوله: ((رَأَى الزَّيْلَعِيُّ: وَالصَّغِيرَ)).

حَتَّى لَوْ بَرَهَنْتَ عَلَى يَسَارِهِ حُبْسَ بَطْلِبِهَا، (بَلْ يُحْبَسُ إِذَا) بَرَهَنْتَ عَلَى يَسَارِهِ
بَطْلِبِهَا كَمَا لَوْ (أَبَى أَنْ يُنْفَقَ عَلَيْهِمَا)

ذُنًا أَصْلًا، وَأَمَّا إِذَا قُضِيَ بِهَا - وَمِثْلُهُ الرِّضَا - فَلَا تَهَا لَيْسَتْ بَدَلُ مَالٍ وَلَا مُتَزَمَةٌ بِعَقْدٍ عَلَى
مَا مَرَّ^(١)، أَيْ: فِي قَوْلِهِ: ((لَا يُحْبَسُ فِي غَيْرِهِ إِنْ ادَّعَى الْفَقْرَ)) كَمَا مَرَّ^(٢) تَقْرِيرُهُ.

[٢٦٢٣٢] (قَوْلُهُ: حَتَّى لَوْ بَرَهَنْتَ الْخ) الْمُنَاسِبُ حَذْفُهُ وَالْاِقْتِصَارُ عَلَى مَا بَعْدَهُ لئَلَّا يَتَكَرَّرَ.

[٢٦٢٣٣] (قَوْلُهُ: حُبْسَ بَطْلِبِهَا) أَيْ: بَطْلِبِهَا حِسَّةً إِنْ كَانَتْ النِّفْقَةُ مُقْضِيًا بِهَا أَوْ مُتْرَاضًى عَلَيْهَا.

[٢٦٢٣٤] (قَوْلُهُ: كَمَا لَوْ أَبَى أَنْ يُنْفَقَ عَلَيْهِمَا) أَيْ: كَمَا يُحْبَسُ الْمُوسِرُ لَوْ اِمْتَنَعَ مِنْ

[٣/٢١٠ ب] الْإِنْفَاقِ عَلَى زَوْجَتِهِ وَلَوْلَاهُ الْفَقِيرُ الصَّغِيرُ كَمَا فِي "السَّرَاجِ"، وَفَهِمَ فِي "الْبَحْرِ"^(٣):

((أَنَّهُ قِيْدٌ احْتِرَازِيٌّ عَنِ الْبَالِغِ الزَّمَنِ الْفَقِيرِ))، وَقَالَ^(٤): ((وَفِيهِ تَأْمُلٌ لَا يَخْفَى)). قَالَ فِي "الْمُنْح"^(٥):

((وَلَيْسَ كَذَلِكَ، فَإِنَّهُ فِي مَعْنَى الصَّغِيرِ كَمَا لَا يَخْفَى، فَيُحْبَسُ^(٥) أَبُوهُ إِذَا اِمْتَنَعَ مِنَ الْإِنْفَاقِ عَلَيْهِ

كَمَا هُوَ الظَّاهِرُ)) اهـ.

وَفِي "الْفَتْح"^(٦): ((وَيَتَحَقَّقُ الْاِمْتِنَاعُ بِأَنْ تُقَدِّمَهُ فِي الْيَوْمِ الثَّانِي مِنْ يَوْمِ فَرَضِ النِّفْقَةِ - وَإِنْ كَانَ

مِقْدَارُ النِّفْقَةِ قَلِيلًا كَالْدَائِقِ - إِذَا رَأَى الْقَاضِي ذَلِكَ، فَأَمَّا بِمَجْرَدِ فَرَضِهَا لَوْ طَلَبَتْ حِسَّةً لَمْ يُحْبَسْ؛

لَأَنَّ الْعُقُوبَةَ تُسْتَحَقُّ بِالظُّلْمِ، وَهُوَ بِالْمَنَعِ بَعْدَ الْوُجُوبِ وَلَمْ يَتَحَقَّقْ، وَهَذَا يَقْتَضِي أَنَّهُ إِذَا لَمْ يَفْرِضْ

لَهَا وَلَمْ يُنْفِقِ الزَّوْجُ عَلَيْهَا فِي يَوْمٍ يَنْبَغِي إِذَا قَدِّمَتْهُ فِي الْيَوْمِ الثَّانِي أَنْ يَأْمُرَهُ بِالْإِنْفَاقِ، فَإِنْ رَجَعَ فَلَمْ

يُنْفِقْ أَوْ جَعَلَ عُقُوبَةً، وَإِنْ كَانَتْ النِّفْقَةُ سَقَطَتْ بَعْدَ الْوُجُوبِ فَهُوَ ظَالِمٌ لَهَا، وَهُوَ قِيَاسُ مَا أَسْلَفْنَاهُ

فِي بَابِ الْقَسَمِ مِنْ قَوْلِهِمْ: إِذَا لَمْ يَقْسِمْ لَهَا فَرَأَعَتْهُ يَأْمُرُهُ بِالْقَسَمِ وَعَدَمِ الْجَوْرِ، فَإِنْ ذَهَبَ وَلَمْ يَقْسِمْ

فَرَأَعَتْهُ أَوْ جَعَلَ عُقُوبَةً وَإِنْ كَانَ مَا ذَهَبَ لَهَا مِنَ الْحَقِّ لَا يَقْضَى وَيَحْصُلُ بِهِ ضَرَرٌ كَبِيرٌ)) اهـ.

(١) ص ٣٨٠ - وما بعدها "در".

(٢) المَقُولَةُ [٢٦١٦٣] قَوْلُهُ: ((لَا يُحْبَسُ فِي غَيْرِهِ)).

(٣) "الْبَحْرُ": كِتَابُ الْقَضَاءِ - فَصْلُ فِي الْحَبْسِ ٣١٦/٦.

(٤) "الْمُنْحُ": كِتَابُ الْقَضَاءِ - فَصْلُ فِي الْحَبْسِ ٥٧/٢ ق ٥٧/أ.

(٥) عِبَارَةُ "الْمُنْحُ": ((فِيحِبْسِ)) بَدَلُ ((فِيحِبْسِ)).

(٦) "الْفَتْحُ": كِتَابُ أَدَبِ الْقَاضِي - فَصْلُ فِي الْحَبْسِ ٣٨١/٦.

أو على أصوله وفروعِهِ، فُيَحْبَسُ إحياءً لهم، "بحر"^(١).
قلتُ: وهل يُحْبَسُ لِمَحْرَمِهِ لو أتى؟ لم أرهُ، وظاهرُ تقييدهم لا، لكن ما مرَّ
 عن "الأشباه": ((لا يُضْرَبُ المحبوسُ إلّا في ثلاث)) يُفِيدُهُ، فتأمل عند الفتوى....

[٢٦٢٣٥] (قوله: وفُروغِهِ) أي: وبقيّة فُروغِهِ كالإناث والولد البالغ الرّمين، وهذا بناءٌ
 على ما مرَّ^(٢) من أنّ الصّغيرَ غيرُ قَيِّدٍ.

[٢٦٢٣٦] (قوله: وهل يُحْبَسُ لِمَحْرَمِهِ لو أتى؟ لم أرهُ) أصلُ التّوقُّفِ لـ "صاحب الشّرنبلاية"^(٣).
قلتُ: إذا حُبِسَ الأبُ فغيرُهُ بالأولى، مع أنّا قدّمنا^(٤) في آخر النّفقاتِ التّصريحَ بذلك عن
 "البدائع"، فإنّه قال: ((ويُحْبَسُ في نفقةِ الأقاربِ كالزّوجاتِ، أمّا غيرُ الأبِ فلا شكّ فيه، وأمّا
 الأبُ فلاّ في النفقةِ ضرورةُ دَفْعِ الهلاكِ عن الولدِ، ولأنّها تَسْقُطُ بِمُضِيِّ الرّمانِ، فلو لم يُحْبَسْ
 سَقَطَ حقُّ الولدِ رأساً، فكان في حَبْسِهِ دَفْعُ الهلاكِ واستدراكُ الحقِّ عن الفَوَاتِ؛ لأنّ حَبْسَهُ
 يَحْمِلُهُ على الأداء)) اهـ. وقدّمنا هناك^(٥): أنّ هذا خلافُ ما عزّاه "الشارحُ" إلى "البدائع".

[٢٦٢٣٧] (قوله: وظاهرُ تقييدهم) أي: بالولدِ، فإنّ عبارة "الكنز"^(٦) وغيره: ((ويُحْبَسُ
 الرّجلُ بنفقةِ زوجته لا في دينٍ ولديه، إلّا إذا امتنعَ مِنَ الإنفاقِ عليه))، ولا يخفى أنّها لا تُفِيدُ
 عدمَ الحَبْسِ في نفقةِ غيرِ الولدِ.

[٢٦٢٣٨] (قوله: لكن ما مرَّ) أي: في أوّل الباب^(٧).

[٢٦٢٣٩] (قوله: يُفِيدُهُ) أي: يُفِيدُ حَبْسَهُ بالامتناعِ عن نفقةِ القريبِ المحرّم، حيث عبّرَ بالمحبوس.

[٢٦٢٤٠] (قوله: فتأمل عند الفتوى) أي: حيث حصل الاضطرابُ في فهمِ هذا الحكمِ

من كلامهم فلا تعجلُ في الفتوى.

(١) "البحر": كتاب القضاء - فصل في الحبس ٣١٤/٦ وما بعدها.

(٢) في المقالة السابقة.

(٣) "الشّرنبلاية": كتاب القضاء ٤٠٨/٢ (هامش "الدرر والغرر").

(٤) المقالة [١٦٣٧٤] قوله: ((وفي "البدائع" إلخ)).

(٥) انظر "شرح العيني على الكنز": كتاب القضاء - فصل: وإذا ثبت الحق للمدعي أمره ٨٧/٢.

(٦) ص ٣٦٦ - ٣٦٦ - "در".

وسيجيء^(١) حبس الولي بدئين الصَّغير. (لا) يُحبس (أصل) وإن علا (في دَينِ
فَرَعِه) بل يَقْضِي القاضي دَيْنَهُ.....

قلت: وما نقلناه^(٢) عن "البدائع" زال الاضطرابُ واتَّصَحَ الجوابُ، فافهم.

[٢٦٢٤١] (قوله: وسيجيء) أي: في آخر الباب، ويأتي^(٣) الكلام عليه.

[٢٦٢٤٢] (قوله: لا يُحبسُ أصل^(٤) إلخ) أي: ولو جَدَّ الأُم^(٥)؛ لأنه لا قِصاصَ عليه بِقَتْلِ

وَلَدِ بَنْتِهِ، فكذا لا يُحبسُ بدئيه. وقيد بالأصل لأنَّ الولدَ يُحبسُ بدئين أصيه، وكذا القريبُ
بدئين قريبه كما في "الحانية"^(٦)، "بحر"^(٧). وسيذكرُ "الشَّارحُ" آخرَ البابِ^(٨) نَظْمًا جَماعَةً مِمَّنْ
لا يُحبسُ، وسيأتي^(٩) عِدَّتُهُمْ عشرةً.

[٢٦٢٤٣] (قوله: بل يَقْضِي القاضي إلخ) أفاد أنه لا فَرْقَ في عِلْمِ الحبسِ بينَ المُوسِرِ والمُعْسِرِ،

لكنَّ يَبِيعُ القاضي مالَ الأبِّ لقضاءِ دَينِ ابْنِهِ إذا امْتَنَعَ؛ لأنه لا طريقَ لَهُ إلَّا البَيْعُ، وإلَّا ضاعَ، أفادَهُ
في "البحر"^(١٠). وذكرَ في "جواهر الفتاوى": ((لا يُحبسُ الأبُّ إلَّا إذا تَمَرَّدَ على الحاكم)) اهـ.
لكنَّ ما ذَكَرَ: ((من أنَّ القاضي يَقْضِي دَيْنَهُ)) يُعْنِي عن حَبْسِهِ، ذَكَرَهُ "الرَّمْلِيُّ" عن "المُصَنِّفِ"^(١١).

(قوله: لكنَّ ما ذَكَرَ: ((من أنَّ القاضي يَقْضِي دَيْنَهُ)) يُعْنِي عن حَبْسِهِ) قد يقال: إنه مع التَّمَرُّدِ

لا يَتَسَرَّعُ للقاضي أداءُ الدَّينِ، فاحتاجَ حِينَئِذٍ لِلْحَبْسِ، أو هو لِلتَّمَرُّدِ.

(١) ص-٥٢٧- "در".

(٢) المقولة [٢٦٢٣٦] قوله: ((وهل يُحبسُ لِمَحْرَمِهِ لو أبى؟ لم أرَهُ)).

(٣) المقولة [٢٦٤٥٩] قوله: ((يُحبسُ الوليُّ إلخ)).

(٤) في "م": ((أهل))، وهو خطأ.

(٥) في "الأصل": ((ولو جَدَّ لَأُمٍّ)).

(٦) "الحانية": كتاب الدعوى والبيئات - باب الدعوى ٣٧٤/٢ بتصرف (هامش "الفتاوى الهندية")

(٧) "البحر": كتاب القضاء - فصل في الحبس ٣١٥/٦.

(٨) ص-٥٢٨- وما بعده "در".

(٩) المقولة [٢٦٤٧٣] قوله: ((ومُعْسِرٍ)).

(١٠) "البحر": كتاب القضاء - فصل في الحبس ٣١٥/٦.

(١١) "المنح": كتاب القضاء - فصل في الحبس ٥٧/ق/٢.

مِنْ عَيْنِ مَالِهِ أَوْ قِيمَتِهِ، وَالصَّحِيحُ عِنْدَهُمَا يَبِيعُ عَقَارِهِ كَمَنْقُولِهِ، "بِحَرْ" ^(١)، فَلْيُحْفَظْ.
(وَلَا يَسْتَخْلِفُ قَاضِي) نَائِبًا.....

[٢٦٢٤٤] (قَوْلُهُ: مِنْ عَيْنِ مَالِهِ) أَي: إِنْ كَانَ مِنْ جِنْسِ الدِّينِ، وَقَوْلُهُ: ((أَوْ قِيمَتِهِ))
أَي: إِنْ كَانَ مِنْ غَيْرِ جِنْسِهِ كَمَا لَوْ كَانَ الدِّينُ دِرَاهِمَ وَالْمَالُ دَنَانِيرَ، فَبُاعَ الدَّنَانِيرُ بِالدِّرَاهِمِ
وَيُقْضَى بِهَا الدِّينُ عِنْدَ "الإمام" و"صاحبيه".
[٢٦٢٤٥] (قَوْلُهُ: وَالصَّحِيحُ (إِلَخ) مُقَابِلُهُ أَنَّهُ يَبِيعُ عِنْدَهُمَا الْمَنْقُولَ دُونَ الْعَقَارِ، وَأَمَّا عِنْدَهُ
فَلَا يَبِيعُ الْمَنْقُولَ وَلَا الْعَقَارَ، وَقَدْ مَنَّا ^(٢) أَنَّ الْمُفْتَى بِهِ قَوْلُهُمَا.

مطلب في استخلاف القاضي نائبا عنه

[٢٦٢٤٦] (قَوْلُهُ: وَلَا يَسْتَخْلِفُ قَاضِي (إِلَخ) أَي: وَلَوْ بَعْدَهُ، "بِحَرْ" ^(٣) عَنِ "العناية" ^(٤). فَدَخَلَ
فِيهِ مَا لَوْ وَقَعَتْ لَهُ حَادِثَةٌ، فَلَا يَسْتَخْلِفُ بَلَا تَقْوِيضٍ، فَفِي "البحر" ^(٥) عَنِ [٢١١/٣] "السَّراجِيَّة" ^(٦):
((القاضي إِذَا وَقَعَتْ لَهُ حَادِثَةٌ أَوْ لَوْلِيهِ، فَأَنَابَ غَيْرَهُ وَكَانَ مِنْ أَهْلِ الْإِنَابَةِ، وَتَخَاصَمَا عِنْدَهُ،
وَقُضِيَ لَهُ أَوْ لَوْلِيهِ جَازٌ))، ثُمَّ قَالَ ^(٧): ((وَقَدْ سُئِلْتُ عَنْ صَحَّةِ تَوَلِيَةِ الْقَاضِي ابْنَهُ قَاضِيًا حَيْثُ
كَانَ مَأْذُونًا لَهُ بِالِاسْتِخْلَافِ، فَأَجَبْتُ بـ: نَعَمْ))، وَشَوَّلَ إِطْلَاقَهُ الْإِسْتِخْلَافَ مَا إِذَا كَانَ مَذْهَبُ
الْخَلِيفَةِ مُوَافِقًا لِمَذْهَبِهِ أَوْ مُخَالَفًا، ثُمَّ قَالَ ^(٨): ((وَضَاهِرُ إِطْلَاقِهِمْ أَنَّ الْمَأْذُونَ لَهُ بِالِاسْتِخْلَافِ يَمْلِكُهُ
قَبْلَ الْوُصُولِ إِلَى مَحَلِّ قَضَائِهِ، وَقَدْ جَرَتْ عَادَتُهُمْ بِذَلِكَ، وَسُئِلْتُ عَنْهُ فَأَجَبْتُ بِذَلِكَ)) اهـ.

(١) "البحر": كتاب القضاء - فصل في الحبس ٣١٥/٦.

(٢) المقولة [٢٦٢١١] قوله: ((وَسِيحِيءُ تَمَامُهُ فِي الْحَرْجِ)).

(٣) "البحر": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٦/٧.

(٤) "العناية": كتاب أدب القاضي - باب كتاب القاضي إلى القاضي ٣٩١/٦ (هامش "فتح القدير").

(٥) "البحر": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٦/٧.

(٦) "الفتاوى السراجية": كتاب القضاء - باب ما يجوز من القضاء وما لا يجوز ٢٦١/٢ - ٢٦٢ (هامش "فتاوى قاضي خان").

(٧) "البحر": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٧/٧.

(إِلَّا إِذَا فُوضَ إِلَيْهِ) صريحاً ك: وَلَمْ يَنْشَأْ، أَوْ دِلَالَةً ك: جَعَلْتُكَ قَاضِي الْقَضَاءِ،
وَالدَّلَالَةُ هُنَا أَقْوَى؛ لِأَنَّ فِي الصَّرِيحِ الْمَذْكُورِ يَمْلِكُ الِاسْتِخْلَافَ لَا الْعَزْلَ، وَفِي
الدَّلَالَةِ يَمْلِكُهُمَا كَقَوْلِهِ: وَلَمْ يَنْشَأْ وَاسْتَبْدَلَ،

ثُمَّ نَقَلَ^(١) عَنْ "شرح أدب القضاء": ((أَنَّهُ ذَكَرَ فِي مَوْضِعٍ^(٢)): أَنَّ الْقَاضِيَ إِنَّمَا يَصِيرُ قَاضِيًا
إِذَا بَلَغَ إِلَى الْمَوْضِعِ، أَلَا تَرَى أَنَّ الْأَوَّلَ لَا يَنْعَزِلُ مَا لَمْ يَلُغْ هُوَ الْبَلَدَ؟ وَفِي مَوْضِعٍ آخَرَ^(٣): يَنْبَغِي لَهُ
أَنْ يُقَدَّمَ نَائِبُهُ قَبْلَ وَصُولِهِ لِيَتَعَرَّفَ عَنْ أَحْوَالِ النَّاسِ أَهْلَهُ. فَالْأَوَّلُ يَقْدِرُ أَنَّهُ لَا يَمْلِكُهُ قَبْلَ وَصُولِهِ،
إِلَّا أَنْ يُقَالَ: إِنَّ قَاضِيَ الْقَضَاءِ مَأْذُونٌ بِذَلِكَ مِنَ السُّلْطَانِ، وَهُوَ الْوَاقِعُ الْآنَ)) أَهْلُ مَلْخَصًا.

قلت: وما نقله ثانياً صريحاً في أَنَّ لَهُ الْإِنَابَةَ قَبْلَ وَصُولِهِ، وَالتَّعْلِيلَ بِالتَّعَرُّفِ عَنْ أَحْوَالِ
النَّاسِ لَا يُبْنِي أَنَّ لِلنَّائِبِ الْقَضَاءَ قَبْلَ وَصُولِ الْمُتَبَيَّنِّ؛ لِأَنَّ التَّعَرُّفَ يَكُونُ بِالْقَضَاءِ، فَحِينَئِذٍ إِذَا
وَصَلَ نَائِبُهُ فَالظَّاهِرُ انْعِزَالُ الْأَوَّلِ؛ لِأَنَّ النَّائِبَ قَائِمٌ مَقَامَ الْمُتَبَيَّنِّ، وَقَدْ عَلَّلُوا لَعْدِمِ انْعِزَالِ الْأَوَّلِ
قَبْلَ وَصُولِ الثَّانِي بِصَيَانَةِ الْمُسْلِمِينَ عَنْ تَعْطِيلِ قَضَائِهِمْ، وَبَوْصُولِ نَائِبِ الثَّانِي لَا تَتَعَطَّلُ
قَضَائِهِمْ، وَحَيْثُ كَانَ الْوَاقِعُ الْآنَ هُوَ الْإِذْنُ مِنَ السُّلْطَانِ فَلَا كَلَامَ، وَبِهِ انْدَفَعَ مَا قِيلَ^(٤):
إِنَّهُ لَا يُعَوَّلُ عَلَى مَا أَقْنَى بِهِ فِي "البحر".

[٢٩٢٤٧] (قَوْلُهُ: إِلَّا إِذَا فُوضَ إِلَيْهِ) وَمَثَلُهُ نَائِبُ الْقَاضِي. قَالَ فِي "البحر"^(٥): ((وَفِي
"الخلاصة"^(٦)): الْخَلِيفَةُ إِذَا أَدِنَ لِلْقَاضِي فِي الِاسْتِخْلَافِ فَاسْتِخْلَفَ رَجُلًا وَأَدِنَ لَهُ فِي الِاسْتِخْلَافِ
جَازَ لَهُ الِاسْتِخْلَافُ ثُمَّ وَثَّمُ)) أَهْلُ.

[٢٩٢٤٨] (قَوْلُهُ: كَقَوْلِهِ: وَلَمْ يَنْشَأْ وَاسْتَبْدَلَ) هَذَا تَنْظِيرٌ لَا تَمَثِيلٌ، أَيُّ: فَإِنَّهُ فِي الدَّلَالَةِ
يَمْلِكُ الِاسْتِخْلَافَ وَالْعَزْلَ نَظِيرَ مَا لَوْ صَرَّحَ بِهِمَا.

(١) أي: صاحب "البحر": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٧/٧.

(٢) "شرح أدب القاضي" للصدر الشهيد: الباب السادس عشر في القاضي يولى القضاء إلخ ٧١/٢.

(٣) "شرح أدب القاضي" للصدر الشهيد: الباب السادس في قبض المحاضر من ديوان القاضي المعزول إلخ ٢٩٣/١ - ٢٩٤.

(٤) القائل هو أبو السعود في "حاشيته"، كما ذكر ابن عابدين في حاشية "منحة الخالق" ٧/٧، وانظر "فتح المعين" ٣٥/٣.

(٥) "البحر": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٦/٧.

(٦) "الخلاصة": كتاب القضاء - الفصل الرابع في حكم القاضي - جنس آخر ق ٢٠٢/أ.

أَوْ اسْتَخْلِفَ مَنْ شِئْتَ، فَإِنَّ قَاضِيَ الْقَضَاةِ هُوَ الَّذِي يَتَصَرَّفُ فِيهِمْ مُطْلَقاً تَقْلِيداً وَعَزْلاً، (بِخِلَافِ الْمَأْمُورِ بِإِقَامَةِ الْجُمُعَةِ) فَإِنَّهُ يَسْتَخْلِفُ بِلَا تَقْوِيضٍ.....

[٢٦٢٤٩] (قوله: أَوْ اسْتَخْلِفَ مَنْ شِئْتَ) لَا يَصِحُّ عَطْفُهُ عَلَى قَوْلِهِ: ((وَاسْتَبْدِلْ))؛ لِأَنَّهُ يَقْتَضِي أَنَّهُ لَوْ قَالَ: وَلَ مَنْ شِئْتَ وَاسْتَخْلِفَ مَنْ شِئْتَ يَمْلِكُ الْعَزْلُ أَيْضاً، وَلَيْسَ كَذَلِكَ؛ لِأَنَّ ((اسْتَخْلِفَ))، مَعْنَى: ((وَلَّ))، بَلْ نَصَّ فِي "الْبَحْرِ"^(١) فِي هَذِهِ الصُّورَةِ: ((عَلَى أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ الْعَزْلُ))، فَتَعَيَّنَ عَطْفُهُ عَلَى قَوْلِهِ: ((وَلَّ))، وَعَلَيْهِ فَكَانَ الْمُنَاسِبُ أَنْ يَقُولَ: كَقَوْلِهِ: وَلَ أَوْ اسْتَخْلِفَ مَنْ شِئْتَ وَاسْتَبْدِلْ.

[٢٦٢٥٠] (قوله: فَإِنَّ قَاضِيَ الْقَضَاةِ إلخ) فِي مَوْضِعِ التَّعْلِيلِ لِقَوْلِهِ: ((وَفِي الدَّلَالَةِ يَمْلِكُهُمَا^(٢))).

[٢٦٢٥١] (قوله: فِيهِمْ) أَي: فِي الْقَضَاةِ.

[٢٦٢٥٢] (قوله: تَقْلِيداً وَعَزْلاً) تَفْسِيرٌ لِلْإِطْلَاقِ.

[٢٦٢٥٣] (قوله: فَإِنَّهُ يَسْتَخْلِفُ بِلَا تَقْوِيضٍ) فَإِنَّ كَانَ قَبْلَ شُرُوعِهِ لِحَدَّثٍ أَصَابَهُ لَمْ يَحْزُ أَنْ يَسْتَخْلِفَ إِلَّا مَنْ كَانَ شَهِدَ الْخُطْبَةَ، وَإِنْ بَعْدَ الشُّرُوعِ فَاسْتَخْلَفَ مَنْ لَمْ يَشْهَدْهَا حَازَ، "نَهْر"^(٣)، أَي: لِأَنَّهُ بَانَ وَلَيْسَ بِمُفْتَحٍ، وَالْخُطْبَةُ شَرْطُ الْإِفْتِتَاحِ، وَقَدْ وَجَدَ فِي حَقِّ الْأَصْلِ، "فَتْح"^(٤). وَاعْتَرَضَ بِمَا لَوْ اسْتَخْلَفَ شَخْصاً لَمْ يَشْهَدْ الْخُطْبَةَ ثُمَّ أَفْسَدَ صَلَاتَهُ ثُمَّ افْتَتَحَ بِهِمُ الْجُمُعَةَ فَإِنَّهُ يَجُوزُ، وَأَجِيبَ: بِأَنَّهُ لَمَّا صَحَّ شُرُوعُهُ فِيهَا وَصَارَ خَلِيفَةً لِلأَوَّلِ التَّحَقَّقَ بِمَنْ شَهِدَهَا، وَاسْتَظْهَرَ فِي "الْعَنَايَةِ"^(٥) الْجَوَابَ بِإِلْحَاقِهِ بِالْبَانِي؛ لِتَقَدُّمِ شُرُوعِهِ فِيهَا.

(١) "البحر": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٦/٧.

(٢) فِي "م" وَ"ن": ((عَمَلُهَا))، وَهُوَ خَطَأً.

(٣) "النهر": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ق ٤٣٤/ب.

(٤) "الفتح": كتاب أدب القاضي - باب كتاب القاضي إلى القاضي ٣٩١/٦.

(٥) "العناية": كتاب أدب القاضي - باب كتاب القاضي إلى القاضي ٣٩١/٦ (هامش "فتح القدير").

لِلإِذْنِ دِلَالَةٌ، "ابن ملك" وغيره. وما ذكره "متلا خسرو" قال في "البحر"^(١): ((لا أصل له، وإنما هو فَهْمٌ فَهْمَةٌ مِنْ بعضِ العبارات))، وقد مرَّ في الجمعة.....

[٢٦٢٥٤] (قوله: لِلإِذْنِ دِلَالَةٌ) لِأَنَّ الْمُؤَلِّيَ عَالِمٌ بِتَوَقُّعِهَا^(٢)، وَأَنَّهُ إِذَا عَرَضَ عَارِضٌ فَاتَتْ لَا إِلَى خَلْفٍ، وَمَعْلُومٌ أَنَّ الْإِنْسَانَ عَرَضٌ لِلْأَعْرَاضِ ❖، "فتح"^(٣). قال في "النهر"^(٤): ((وهو ظاهر في جواز الاستخلاف للمرض ونحوه، وتقييد "الزليعي"^(٥) بِالْحَدِّثِ لَا دَلِيلَ عَلَيْهِ، وَقَدَّمْنَا فِي الْجُمُعَةِ مَسْأَلَةَ الْإِسْتِنَابَةِ بِغَيْرِ عَدْرِ، فَارْجِعْ إِلَيْهِ)) اهـ.

وَحَاصِلُ مَا مَرَّ^(٦) فِي الْجُمُعَةِ: أَنَّهُ قِيلَ: لَا يَصِحُّ الْإِسْتِخْلَافُ إِلَّا إِذَا سَبَقَهُ الْحَدِّثُ فِيهَا، وَقِيلَ: إِنَّ لِمُضَرَّةٍ جَازَ - أَي: لِحَدِّثٍ أَوْ غَيْرِهِ - وَإِلَّا فَلَا، وَقِيلَ: يَجُوزُ مُطْلَقًا، وَعَلَيْهِ مَشَى فِي "شرح المنية" و"البحر" و"النهر"، وَكَذَا "الشُّرْبَالِيُّ"^(٧) ٢١١/٣ ب و"المصنف" و"الشَّارَح". [٢٦٢٥٥] (قوله: وما ذكره "متلا خسرو") أَي: فِي "الدُّرِّ وَالْغُرِّ"^(٨) مِنْ بَابِ الْجُمُعَةِ: ((مِنْ أَنَّهُ لَا يَسْتَحِلِفُ لِلصَّلَاةِ ابْتِدَاءً، بَلْ بَعْدَهَا أَحَدَثٌ إِلَّا إِذَا كَانَ مَأْذُونًا مِنَ السُّلْطَانِ بِالْإِسْتِخْلَافِ)) اهـ. وَهُوَ مَا مَرَّ^(٩) عَنْ "الزَّيْلَعِيِّ"

[٢٦٢٥٦] (قوله: وقد مرَّ في الجمعة) وَمَرَّ أَيْضًا هُنَاكَ^(١٠) عَنْ الْعَلَامَةِ "مُحِبِّ الدِّينِ بْنِ جُرْبَاشٍ" فِي "النُّجَّةِ فِي تَعْدَادِ الْجُمُعَةِ": ((أَنَّ إِذْنَ السُّلْطَانِ بِإِقَامَةِ الْخُطْبَةِ شَرْطٌ أَوَّلَ مَرَّةٍ

(١) "البحر": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٨/٧.

(٢) فِي "٣": ((بِتَوَقُّعِهَا)).

❖ قوله: ((عَرَضٌ لِلْأَعْرَاضِ)) الْأَوَّلُ بِالْعَيْنِ الْمُعْجَمَةُ، وَهُوَ الْهَدَفُ الَّذِي يُرْمَى إِلَيْهِ، وَالثَّانِي بِالْمُهْمَلَةِ، جَمْعُ عَرَضَ بِمَعْنَى عَارِضٌ، فَالْإِنْسَانُ مَشَبَّهٌ بِالْهَدَفِ وَالْأَعْرَاضُ مَشَبَّهَةٌ بِالسَّهَامِ. اهـ منه.

(٣) "الفتح": كتاب أدب القاضي - باب كتاب القاضي إلى القاضي ٣٩١/٦ بتصرف.

(٤) "النهر": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ق ٤٣٤ ب.

(٥) "تبين الحقائق": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ١٨٧/٤.

(٦) المقولة [٦٧٠٤] قوله: ((وَاخْتَلَفَ إِنْجَ)) وما بعدها.

(٧) "الدرر والغرر": كتاب الصلاة ١٣٩/١ بتصرف.

(٨) فِي الْمَقُولَةِ السَّابِقَةِ.

(٩) وَمَا بَعْدَهَا "در".

(نائب القاضي المفوض إليه الاستنابة) فقط لا العزل (نائب عن الأصل) وهو السلطان، وحينئذٍ (فلا) يملك أن يعزله القاضي بغير تفويض منه للعزل أيضاً كوكيل وكل، (و) كذا (لا يعزل) أيضاً (بعزله).....

للإذن، فيكون الإذن منسجماً لتولية النظر الخطباء وإقامة الخطيب نائباً، ولا يشترط الإذن لكل خطيب)) اهـ "بجر" (١). وقدمنا هناك (٢) نحوه عن "فتاوى ابن الشلبي" (٣). وذكرنا هناك: أن معناه: أن إذن السلطان شرط في أول مرة، فإذا أذن لشخص بإقامتها كان له الإذن لآخر، ولآخر الإذن لآخر وهكذا، وليس المراد أن إذن السلطان بإقامتها أول مرة يكون إذنًا لكل من أراد إقامتها في ذلك المسجد ببلون إذن من السلطان أو من مأذونه كما يوهمه ظاهر العبارة، وتقدم تمامه فراجعهُ.

[٢٦٢٥٧] (قوله: المفوض إليه) بالجر نعت لـ ((القاضي)).

[٢٦٢٥٨] (قوله: بغير تفويض منه) أي: من السلطان، "در" (٤).

[٢٦٢٥٩] (قوله: كوكيل وكل) أي: يأذن الموكّل، فإنه لا يملك عزله ولا يعزل بموته ويعزلان بموت الموكّل، بخلاف الوصي حيث يملك الإيصاء إلى غيره ويملك التوكيل والعزل في حياته؛ لرضا الموصي بذلك دلالة لعجزه، "بجر" (٥).

[٢٦٢٦٠] (قوله: وكذا لا يعزل أيضاً بعزله) أي: لا يعزل النائب بعزل القاضي، أي:

بعزل السلطان له.

(١) "البحر": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٨/٧.

(٢) المقولة [٦٧١٥] قوله: ((إنما يشترط الإذن إلخ)).

(٣) في "ب" و"م": ((ابن الجلبلي))، وتقدم ٨٧/١٥ النقل عن "جدّ المعتار" أن الصواب: ((الشلبي)) بالشين، وتقدمت ترجمة "فتاوى ابن الشلبي" ٤٦٨/١.

(٤) "الدرر والغرر": كتاب الصلاة - باب صلاة الجمعة ١٣٩/١.

(٥) "البحر": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٦/٧.

ولا بموته ولا بموت السلطان، بل بعزله، "زبلي" ^(١)، و"عيني" ^(٢)، و"ابن ملك"، وغيرهم في الوكالة، واعتمده في "الدُّرر" و"الملتقى"، وفي "البرازية": ((وعليه الفتوى))، وتماؤه في "الأشباه".

[٢٦٢٦١] (قوله: ولا بموته) أي: موت القاضي المستنيب.

[٢٦٢٦٢] (قوله: ولا بموت السلطان) أي: لا يعزل النائب به كما لا يعزل المستنيب، بخلاف موت الموكل فإنه يعزل به الوكيل، والفرق - كما في وكالة "الزبلي" ^(٣) -: ((أنَّ السلطان عاملٌ للمسلمين، فلا يعزل بموته القاضي الذي ولّاه هو أو ولّاه القاضي بإذنه، والموكل عاملٌ لنفسه، فيعزل وكيله بموته؛ لظُلانِ حقّه)).

[٢٦٢٦٣] (قوله: بل بعزله) أي: بعزل السلطان للنائب.

[٢٦٢٦٤] (قوله: واعتمده في "الدُّرر") أي: في متبها حيث قال ^(٤): ((ولا يعزل - أي: نائب القاضي - بخروجه - أي ^(٥): القاضي - عن القضاء)). وقال في "الملتقى" ^(٦): ((فنائبه لا يعزل بعزله ولا بموته، بل هو نائب السلطان الأصيل)) اهـ. فالصَّميّر راجعٌ إلى عدم عزل النائب بموت القاضي أو بعزله، "ط" ^(٨).

[٢٦٢٦٥] (قوله: وتماؤه في "الأشباه") قال فيها ^(٩): ((فترر من ذلك اختلاف المشايخ في انعزال النائب بعزل القاضي وموته. وقول "البرازي" ^(١٠): الفتوى على أنه لا يعزل بعزل القاضي

(١) "تبين الحقائق": كتاب الوكالة - فصل: الوكيل بالبيع والشراء إلخ ٢٧٦/٤ بتصرف.

(٢) "رمز الحقائق": كتاب الوكالة - باب عزل الوكيل ١٣٢/٢.

(٣) في "٦": ((موت)).

(٤) "تبين الحقائق": كتاب الوكالة - فصل: الوكيل بالبيع والشراء إلخ ٢٧٦/٤.

(٥) "الدُّرر والغرر": كتاب القضاء ٤٠٨/٢.

(٦) في "الأصل": ((إلى))، وهو تحريف.

(٧) "ملتقى الأبحر": كتاب القضاء - فصل: ويجوز قضاء المرأة ٧٥/٢ بتصرف.

(٨) "ط": كتاب القضاء - فصل في الحبس ١٩١/٣.

(٩) "الأشباه والنظائر": الفن الثاني: الفوائد - كتاب القضاء والشهادات والدعوى ص ٢٧٧.

(١٠) "البرازية": كتاب أدب القاضي - الفصل الأول في التقليد - نوع آخر ١٣٧/٥ بتصرف (هامش "الفتاوى الهندية").

وفي "فتاوى المصنف": ((وهذا هو المعتمد في المذهب، لا ما ذكره "ابن الغرس"؛ لمخالفته للمذهب)). (ونائب غيره) أي: غير المفوض إليه^(١) (إن قضى عنده أو) في غيبته و(أجازة) القاضي (صح) قضاؤه لو أهلاً،.....

يدل على أن الفتوى على أنه لا ينعزل بموته بالأولى))، ثم نقل^(٢) عن "التارخائية": ((القاضي رسول عن السلطان في نصيب النواب)) اهـ "ط"^(٣).

[٢٦٢٦٦] (قوله: وفي "فتاوى المصنف"^(٤) إلخ) حيث سئل عما ذكره "ابن الغرس": ((من أن نائب القاضي في زماننا ينعزل بعزله أو بموته، فإنه نائبه من كل وجه))، أجاب: ((لا يعتمد على ما ذكره "ابن الغرس"؛ لمخالفته للمذهب، فقد نقل الثقات أن النائب لا ينعزل بعزل الأصل ولا بموته.

قال "الزيلعي"^(٥) من كتاب الوكالة: لا يملك القاضي الاستخلاف إلا بإذن الخليفة، ثم لا ينعزل بعزل القاضي الأول ولا بموته، وينعزل بعزل الخليفة لهما، ولا ينعزل بموته، وهو المعتمد في المذهب، ولم نر خلافاً في المسألة، والله سبحانه أعلم)) اهـ. لكن الخلاف موجود كما مر^(٦) عن "الأشباه".

[٢٦٢٦٧] (قوله: صح قضاؤه لو أهلاً) في "التارخائية" عن "المحيط"^(٧): ((ولو أن السلطان لم يأذن له في الاستخلاف، فأمر رجلاً فحكم بين اثنين لم يجز حكمه.

(قوله: لكن الخلاف موجود إلخ) لكن الظاهر أن مراد "المصنف" بقوله: ((ولم نر خلافاً إلخ)) خلافاً في الاعتماد بدليل صدر عبارته.

(١) في "د" و"و": ((له)).

(٢) "الأشباه والنظائر": الفن الثاني: الفوائد - كتاب القضاء والشهادة والدعوى ص ٢٧٧.

(٣) "ط": كتاب القضاء - فصل في الحبس ١٩١/٣ - ١٩٢.

(٤) "فتاوى المصنف": فصل من كتاب القضاء ق ٦١/أ.

(٥) "تبين الحقائق": كتاب الوكالة - فصل الوكيل بالبيع والشراء إلخ ٢٧٦/٤ يتصرف.

(٦) المقولة [٢٦٢٦٥] قوله: ((ونماه في "الأشباه")).

(٧) "المحيط البرهاني": كتاب القضاء - الفصل العشرون فيما يجوز فيه قضاء القاضي وما لا يجوز ٨١/ب.

بل لو قَضَى فُضُولِيٌّ أو هو في غيرِ نَوَيْتِهِ وأَجَارَهُ جاز؛ لأنَّ المقصودَ حصولُ رأيِهِ، "بحر" ^(١). قال ^(٢): ((وبه عُلِمَ دخولُ الفُضُولِيِّ في القضاء)).

(فرع)

في "الأشياء" ^(٣) و"المنظومة المحببة" ^(٤): ((لو فَوَّضَ لِعَبْدٍ ففَوَّضَ لغيرِهِ صَحَّ، ولو حَكَمَ بنفسِهِ لم يصحَّ، ولو عَتَقَ ففَضَى صَحَّ، بخلافِ صبيٍّ بَلَعَ)). (وإذا رُفِعَ إليه حُكْمُ قاضٍ)

ثمَّ إنَّ القاضي لو أجازَ ذلك الحُكْمَ يُنْظَرُ: إنَّ كان بحالٍ يجوزُ حُكْمُهُ لو كان قاضياً جازَ إمضاءُ القاضي حُكْمَهُ، وإنَّ كان بحالٍ لا يجوزُ حُكْمُهُ لو كان قاضياً يُنْظَرُ: إنَّ كان مِمَّنْ يَخْتَلِفُ فيه الفقهاءُ كالحدودِ في القَذْفِ جازَ إمضاءُهُ ذلك، وإنَّ كان عبداً أو صبيّاً لم يَجُزْ).

[٢٦٦٦٨] (قوله: بل لو قَضَى فُضُولِيٌّ) [٢/٢١٢٣/٣] أي: من غيرِ استخلافٍ أصلاً.

[٢٦٦٦٩] (قوله: أو هو) أي: القاضي، كما لو كان مُوَلَّى في كُلِّ أسبوعٍ يومين، ففَضَى في غيرِ اليومين توقَّفَ قضاؤه؛ فإنَّ أجازَهُ في نَوَيْتِهِ جاز، "جامع الفصولين" ^(٥).

[٢٦٦٧٠] (قوله: في القضاء) أي: ليس خاصّاً بعقدٍ نحو البيع والنكاح.

[٢٦٦٧١] (قوله: ففَوَّضَ لغيرِهِ صَحَّ) ظاهرُهُ: ولو بدُونِ الإذنِ الصَّريحِ؛ لأنَّه مأذُونٌ دلالةً؛ للعلمِ بأنَّ قضاؤه بنفسِهِ لا يصحُّ، تأمَّل.

[٢٦٦٧٢] (قوله: ولو عَتَقَ إلخ) ومثله لو فَوَّضَ لكافرٍ فأسلمَ فهو على قضائِهِ عندَ "حمَّد" كما قدَّمناه ^(٦) عندَ قوله: ((أهلُهُ أهلُ الشَّهادة))، وقدَّمنا ^(٦) هناك وجهَ الفرقِ بينهما وبينَ الصَّبيِّ حيثَ يَحْتَاجُ إلى تجديدي التَّقويضِ.

(١) "البحر": كتاب القضاء ٢٨٢/٦. بتصرف.

(٢) أي: صاحب "البحر": كتاب القضاء ٢٨٢/٦.

(٣) "الأشياء والنظائر": الفن الثالث: الجمع والفرق - أحكام العبيد ص ٣٧١. باختصار.

(٤) "المنظومة المحببة": فصل من كتاب القضاء ص ٥٥. بتصرف.

(٥) "جامع الفصولين": الفصل التاسع والثلاثون في المنفردات في العتق وحرية الأصل ٢٣٦/٢.

(٦) المقولة [٢٥٩٣٤] قوله: ((وأهلُهُ أهلُ الشَّهادة)).

خَرَجَ الْمُحَكَّمُ، ودَخَلَ المِيتُ والمَعزُولُ والمُخَالِفُ لرأيه؛ لَأَنَّهُ نَكْرَةٌ فِي سِيَاقِ الشَّرْطِ فَتَعْمُ^(١)، فافهم.

[٢٦٢٧٣] (قوله: خَرَجَ الْمُحَكَّمُ) فإنه إذا رُفِعَ حُكْمُهُ إلى قاضٍ أَمْضَاهُ إنْ وَافَقَ مَذْهَبَهُ، وإِلَّا أَبْطَلَهُ؛ لَأَنَّ حُكْمَهُ لَا يَرْفَعُ خِلَافاً كَمَا يَأْتِي^(٢) فِي التَّحْكِيمِ، "ح"^(٣).

[٢٦٢٧٤] (قوله: ودَخَلَ المِيتُ إلخ) وكذا قاضي البُعَاة، فإذا رُفِعَ إلى قاضي العَدْلِ نَفَذَهُ كَمَا ذَكَرَهُ "الشارح" عِنْدَ قَوْلِ "المُصَنَّفِ" فِيمَا مَرَّ^(٤): ((وَيُجَوِّزُ تَقْلِيدَ الْقَضَاءِ مِنَ السُّلْطَانِ الْعَادِلِ وَالْجَائِرِ وَأَهْلِ الْبَغْيِ))، وَقَدْ مَنَّا^(٥) فِيهِ ثَلَاثَةَ أَقْوَالٍ، وَأَنَّ الْمُعْتَمَدَ أَنَّهُ يُنْفَذُ وَافَقَ رَأْيَهُ أَوْ لَا، فافهم.

٣٢٤/٤

[٢٦٢٧٥] (قوله: والمُخَالِفُ لرأيه) أي: رأي القاضي المرفوع إليه الحكم، لكن فيه تفصيل يأتي قريباً^(٦). وأما لو كان القاضي الأول حَكَمَ بِخِلَافِ رَأْيِهِ فَمِائَاتِي^(٧) فِي قَوْلِ "المُصَنَّفِ": ((قَضَى فِي مُحْتَهَدٍ فِيهِ إلخ)).

مطلب في عموم النكرة في سياق الشرط

[٢٦٢٧٦] (قوله: لَأَنَّهُ نَكْرَةٌ إلخ) تعليل لقوله: ((ودَخَلَ إلخ)) قَصَدَ بِهِ الرَّدَّ عَلَى "الزَّلِيلِيِّ"^(٨)، حَيْثُ ذَكَرَ: ((أَنَّ كَلَامَ "المُصَنَّفِ" يُؤْهِمُ اخْتِصَاصَهُ بِمَا إِذَا كَانَ مُوَافِقاً لرأيه))، وَقَدْ تَبَعَ "الشارح"

(١) في "و": ((فيهم)) بالمشاة التحتية.

(٢) ص ٥٤٣ - وما بعدها "در".

(٣) "ح": كتاب القضاء - فصل في الحبس ق ٣٠٧/ب.

(٤) ص ٣١٦ - وما بعدها "در".

(٥) المقولة [٢٦٠٤١] قوله: ((نَفَذَهُ)).

(٦) المقولة [٢٦٢٧٧] قوله: ((إِذْ حُكِمَ نَفْسِهِ قَبْلَ ذَلِكَ)) وما بعدها.

(٧) ص ٤٦٤ - "در".

(٨) "تبيين الحقائق": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ١٨٨/٤ - ١٨٩.

(آخر^(١)) قَيْدٌ اتَّفَاقِيٌّ؛ إِذْ حُكِمَ نَفْسِهِ قَبْلَ ذَلِكَ كَذَلِكَ، "ابن كمال".....

في هذا التعليل "صاحب البحر"^(٢)، وفيه نظر، وكان المناسب أن يقولَ بَدَلَهُ: لَأَنَّهُ مُطْلَقٌ عَنْ التَّقْيِيدِ، أَمَّا الْعُمُومُ فَمِمَّنْوَغٌ؛ لِمَا صَرَّحُوا بِهِ فِي كَتَبِ الْأَصُولِ كـ "التَّحْرِيرِ"^(٣) وَغَيْرِهِ مِنْ أَنَّ النِّكَرَةَ إِنَّمَا تَعْمُ نَصًّا إِذَا وَقَعَتْ فِي سِيَاقِ النَّفْيِ، وَمِنْهُ وَقُوعُهَا فِي الشَّرْطِ الْمُثْبِتِ إِذَا كَانَ^(٤) يَمِينًا؛ لِأَنَّهَا تَكُونُ عَلَى النَّفْيِ كَقَوْلِهِ: إِنْ كَلَّمْتُ رَجُلًا فَعَبْدِي حُرٌّ، فَإِنَّ الْحَلْفَ عَلَى نَفْيِهِ، فَالْمَعْنَى: لَا أَكَلِّمُ رَجُلًا، فَهِيَ نِكَرَةٌ فِي سِيَاقِ النَّفْيِ فَتَعْمُ، وَلِهَذَا لَا تَعْمُ فِي الشَّرْطِ الْمُنْفِي^(٥)، مِثْلُ: إِنْ لَمْ أَكَلِّمْ رَجُلًا؛ لَأَنَّهُ عَلَى الْإِثْبَاتِ، كَأَنَّهُ قَالَ: لَا أَكَلِّمَنَّ رَجُلًا، فَلَا تَعْمُ، وَأَمَّا الشَّرْطُ فِي غَيْرِ الْيَمِينِ، مِثْلُ: إِنْ جَاءَكَ رَجُلٌ فَأَطْعِمْهُ فَلَيْسَ نَصًّا فِي الْعُمُومِ، وَمِثْلُهُ مَا نَحْنُ فِيهِ، فَافْهَمْ.

مطلب: ما يُنْقَضُ مِنَ الْقَضَاءِ وَمَا لَا يُنْقَضُ

[٢٦٢٧٧] (قوله: إِذْ حُكِمَ نَفْسِهِ قَبْلَ ذَلِكَ) أَي: قَبْلَ الرَّفْعِ إِلَيْهِ ((كَذَلِكَ)) أَي: كَحُكْمِ قَاضٍ آخَرَ فِي أَنَّهُ يُنْقَضُ إِذَا رُفِعَ إِلَيْهِ، وَيَكُونُ هَذَا رَافِعًا لِلخِلَافِ فِيهِ، وَلَا يَحْتَاجُ فِي نَفُوضِهِ عَلَى الْمُخَالَفِ

(قوله: وفيه نظر) لَيْسَ الضَّمِيرُ فِي ((لَأَنَّهُ)) عَائِدًا لِلْقَاضِي كَمَا فِي "ط"؛ لَأَنَّهُ فِي "البحر" قَالَ: ((لَكُونِ الْحُكْمُ نِكَرَةً (إِلخ))، وَلَا شَكَّ أَنَّهُ نِكَرَةٌ عَامَّةٌ؛ لَكُونِهِ نِكَرَةً مُضَافَةً فَتَعْمُ، وَيُؤَكِّدُ بَقَاءَهَا عَلَى الْعُمُومِ وَقُوعُهَا فِي سِيَاقِ الشَّرْطِ، فَهُوَ نَظِيرُ: إِنْ جَاءَنِي غُلَامٌ رَجُلٌ فَعَبْدِي حُرٌّ، فَإِنَّهُ يَعْنِي مَحْجِيءَ أَيِّ غُلَامٍ، بِخِلَافِ: جَاءَنِي غُلَامٌ رَجُلٍ، فَإِنَّهُ لَا عُمُومَ لَهُ وَإِنْ كَانَ نِكَرَةً مُضَافَةً؛ لِإِسْنَادِ الْمَحْجِيءِ الْوَاقِعِ خَارِجًا إِلَيْهِ، وَهُوَ لَا يُسْنَدُ إِلَّا لِلْخَاصِّ، تَأَمَّلْ.

(قوله: ولهذا لَا تَعْمُ فِي الشَّرْطِ الْمُثْبِتِ (إِلخ) حَقُّهُ: الْمُنْفِيَّ.

(١) في "ب": ((آخر))، بالخاء المهملة، وهو خطأ.

(٢) "البحر": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٨/٧.

(٣) "التحرير": المقالة الأولى - الفصل الرابع - التقسيم الثاني - البحث الثالث ص ٧٣-.

(٤) في "الأصل" و"٣" و"ب": ((كانا)).

(٥) في النسخ جميعها: ((المثبت))، وما أثبتناه هو الصواب كما هو معلوم من كتب الأصول، وقد تَبَّه عليه الراعي رحمه الله.

(نَفَذَهُ) أي: أُلْزِمَ الحُكْمَ والعملَ بِمُقْتَضَاهُ لو مُجْتَهِدًا فيه،.....

إلى قاضي آخر، لكنْ ذَكَرَ ذلك "ابنُ الغَرَسِ" سؤالاً، وأجابَ عنه: ((بأنَّه لا يصحُّ؛ لأنَّه غيرُ ممكنٍ شرعاً؛ إذ القاضي لا يقضي لنفسه بالإجماع، والحُكْمُ به حُكْمٌ بصحَّةٍ فعلٍ نفسه، فيلغو)) اهـ.
قلت: هذا ظاهرٌ بالنسبة إلى رَفْعِ الخلاف، أمَّا بالنسبة إلى مَنعِ الخصمِ والإزامِ به فلا، فتأمل.
[٢٦٢٧٨] (قوله: نَفَذَهُ) أي: يجبُ عليه تنفيذه.

[٢٦٢٧٩] (قوله: لو مُجْتَهِدًا فيه) بنصبٍ ((مُجْتَهِدًا)) خبراً لـ ((كان)) المقدَّرة بعدَ ((لو))، واسمُها ضميرٌ عائِدٌ إلى حُكْمِ العائدِ إليه ضميرُ ((نَفَذَهُ)).
ثم اعلم أنَّهم قَسَمُوا الحُكْمَ ثلاثةَ أقسامٍ:
قسمٌ يَرُدُّ بكلِّ حالٍ، وهو ما خالفَ النصُّ أو الإجماعُ كما يأتي^(١).

وقسمٌ يُمضِي بكلِّ حالٍ، وهو الحُكْمُ في محلِّ الاجتهادِ، بأنَّ يكونَ الخلافُ في المسألةِ وسببِ القضاء، وأمثلهُ كثيرةٌ، منها: لو قَضَى بشهادةِ المحدودينِ بالقَذْفِ بعدَ التوبةِ وكان يراهُ كشافعي، فإذا رُفِعَ إلى قاضيٍ آخرَ لا يراهُ كحنفيٍّ يُمضيه ولا يطلُّه، وكذا لو قَضَى لإمرأةٍ بشهادةِ زوجها وآخرٍ أجنبيٍّ، فُرفعَ لِمَن لا يُجيزُ هذه الشهادةَ أمضاهُ؛ لأنَّ الأولَ قَضَى بِمُجْتَهِدٍ فيه فينْفَذُ؛ لأنَّ المُجْتَهِدَ فيه سببُ القضاء، وهو أنَّ شهادةَ هؤلاء هل تصيرُ حُجَّةً للحُكْمِ أم لا؟ فالخلافُ في المسألةِ وسببِ الحُكْمِ لا في نفسِ الحُكْمِ، وكذا لو سَمِعَ البيَّنةَ على الغائبِ بلا وكيلٍ عنه وقَضَى بها فينْفَذُ؛ لأنَّ المُجْتَهِدَ فيه سببُ القضاء، وهو أنَّ [٢١٢/٣] البيَّنة هل تكونُ حُجَّةً بلا خصمٍ حاضرٍ؟ فإذا رآها صحَّ، وسيأتي^(٢) اختلافُ الترجيحِ في الأخيرة.

(قوله: لكنْ ذَكَرَ ذلك "ابنُ الغَرَسِ"^(٣)) (إلخ) فيه: أنَّ معنى التَّنْفِيزِ حُكْمَ نفسه إلزامَ الحُكْمِ والعملِ بِمُقْتَضَاهُ، وليس في هذا الحُكْمُ لنفسه قصدٌ بل تبعاً، ولا مانعٌ من ذلك تبعاً كما لو رَوَّجَ البيَّنةَ ثمَّ حَصَلَ تَرافُعٌ في زواجها فحُكْمٌ بصحَّتِهِ، فإنه يصحُّ حُكْمُهُ وإنَّ تَضَمَّنَ حُكْمَ نفسه، تأمَّل.
(قوله: بأنَّ يكونَ الخلافُ في المسألةِ وسببِ القضاء) الظاهرُ التعبيرُ بـ: في، أو يقال: إنَّ العطفَ للتفسيرِ، تأمَّل.

(١) ص٣١٥ - ٤٣٢، و٤٤١ - "در".

(٢) ص٤٦٩ - وما بعدها "در".

(٣) في مطبوعة "التقريرات": ((الفرس)) بالفاء، وهو خطأ.

عالمًا باختلاف الفقهاء فيه،.....

وقسم اختلافوا فيه، وهو الحكم المحتهد فيه، وهو ما يقع الخلاف فيه بعد وجود الحكم، فقيل: يُنفذ، وقيل: يتوقف على إمضاء قاضي آخر، وهو الصحيح كما في "الرأيي"^(١) وغيره، وبه جزم في "الخانية"^(٢)، وحكى "ابن الشحنة" في "رسالته" المؤلف في الشهادة على الخط^(٣) عن "جلده" ترجيح الأول، فإذا رفع إلى الثاني فأمضاه بصير كأن القاضي الثاني حكم في فصل محتهد فيه، فليس للثالث نقضه، ولو أبطله الثاني بطل وليس لأحد أن يجيزه، كما لو قضى لولده على أجنبي، أو لامراتيه، أو كان القاضي محدوداً في قذف؛ لأن نفس القضاء مختلف فيه، وسيشير "الشارح"^(٤) إلى القسم الأخير، وتام الكلام على ذلك في "رسالة ابن الشحنة" المذكورة و"البرازية"^(٥)، وسيأتي^(٦) له مزيد تحقيق.

[٢٦٢٨٠] (قوله: عالمًا) حال من قول "المصنف": ((قاضي آخر))، وساغ مجيء الحال منه وهو نكرة لتخصيصها بالوصف وهو ((آخر))، ولا يصح كونه خبراً بعد خبر ل: كان المقدرة بعد ((لو)) في قوله: ((لو محتهد فيه))؛ لأن الضمير المستتر فيها عائد إلى الحكم كما علمت، فيلزم أن يكون الضمير المستتر في ((عالمًا)) عائدًا إلى الحكم أيضاً ولا يصح.

مطلب مهم في قولهم: يشترط كون القاضي عالمًا باختلاف الفقهاء

[٢٦٢٨١] (قوله: عالمًا باختلاف الفقهاء فيه إلخ) أقول: ذكر ذلك أيضاً في "البحر"^(٧)،

(١) "تبيين الحقائق": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ١٨٩/٤.

(٢) "الخانية": كتاب الدعوى والبيات - باب ما يطل دعوى المدعي إلخ - فصل فيما يقضي في المجتهدات إلخ ٥٨/٢ هامش "الفتاوى الهندية".

(٣) لم نهت إليها.

(٤) ص ٤٦٤ - وما بعدها "در".

(٥) انظر "البرازية": كتاب أدب القاضي - النوع الرابع فيما يتعلق بقضائه إلخ - نوع في علمه ١٧٣/٥ - ١٧٤ هامش "الفتاوى الهندية".

(٦) المقولة [٢٦٢٨١] قوله: ((عالمًا باختلاف الفقهاء فيه إلخ)).

(٧) "البحر": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٨/٧.

فلو لم يَعْلَمْ لم يَحْزَرْ قضاؤه، ولا يُمضيه الثاني في ظاهر المذهب، "زيلي" ^(١)،
و"عيني" ^(٢)، و"ابن كمال"
.....

فذكر: ((أن هذا شرطُ نفاذِ القضاء في ظاهر المذهب))، ثم ذكرَ عبارة "الخلاصة" ^(٣)، ثم قال ^(٤): ((والتحقيقُ المعتمدُ: أنَّ عِلْمَهُ بكونِ ما حَكَمَ به مُحْتَجِدًا فيه شرطٌ، وأما عِلْمُهُ بكونِ المسألةِ اجتهاديةً فلا، ويدلُّ عليه ما في "الفتاوى الصغرى") اهـ. ثم ذكرَ ^(٥) مسألةَ قضاءِ القاضي مُحالِفًا لرأيه، وأطالَ الكلامَ عليها، وسيدكرُها "المصنّف" ^(٦) في قوله: ((قَضَى في مُحْتَجِدٍ فيه بخلافِ رأيه إلخ))، ويأتي ^(٧) الكلامُ عليها، وهذه غيرُ مسألةِ اشتراطِ العِلْمِ التي نحن فيها، ولم يُوفِّها "صاحبُ البحر" حَقَّها حتَّى اشْتَبَهَتْ على بعضِ المُحْشِينَ، فتكلَّم عليها بما قالوه في المسألةِ الثانيةِ الآتيةِ ^(٨) مع أنَّهما مسألتان مُتغايران، فافهم.

ومسألةُ اشتراطِ العِلْمِ وَقَعَ فيها نزاعٌ، وقد أَلَفَ فيها العلامةُ المحقِّقُ الشَّيْخُ "قاسم" رسالةً ^(٩) حاصلُها: ((أنَّ وَضْعَ المسألةِ المذكورةِ في قضاءِ القاضي المُحتَجِدِ في حادثةٍ له فيها رأيٌ مُقرَّرٌ قَبْلَ قضائِهِ في تلكِ الحادثةِ التي قَصَدَ فيها التَّفَقُّ عليه، فَحَصَلَ حُكْمُهُ في المَحَلِّ المُخْتَلَفِ فيه وهو لا يَعْلَمُ، ثُمَّ بَانَ أنَّ قضاؤهَ هذا على خلافِ رأيه المُقرَّرِ قَبْلَ هذهِ الحادثةِ، فحينئذٍ لا يَنْفَذُ قضاؤه، وأما إذا وافَقَ قضاؤهَ رأيه في المسألةِ ولم يَعْلَمْ حالَ قضائِهِ أنَّ فيها خلافاً فلم يَقُلْ أَحَدٌ منَ علماءِ الإسلامِ

٣٢٥/٤

(قوله: وأما عِلْمُهُ بكونِ المسألةِ اجتهاديةً فلا) الأوضحُ التعبيرُ بـ: خلافةً.

(١) "بين الحقائق": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ١٨٩/٤ بتصرف.

(٢) "رمز الحقائق": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٩٠/٢ بتصرف.

(٣) "الخلاصة": كتاب القضاء - الفصل الرابع فيما يتعلق بقضاء القاضي وفي قضاء القاضي بعلمه إلخ ق ٢٠١ ب.

(٤) "البحر": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٨/٧.

(٥) "البحر": كتاب القضاء باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٩/٧.

(٦) ص ٤٦٤ - "در".

(٧) المقولة [٢٦٣٥١] قوله: ((قَضَى في مُحْتَجِدٍ فيه)).

(٨) في هذه المقولة.

(٩) لم نهند إليها.

بأنه لا ينفذ قضاؤه خلافاً لمن زعم ذلك، وبيان ذلك بالتصويص الصريحة، منها قول الإمام "حسام الدين الشهيد" في "الفتاوى الصغرى": "إذا قضى في فصلٍ مُجْتَهَدٍ فيه وهو لا يعلم بذلك لا ينفذ، فإنه ذكر في "السيرة الكبرى"^(١): رجل مات وله مدبرون حتى عتقوا، ثم جاء رجل وثبت دينا على الميت فباعهم القاضي على ظن أنهم عبيد، وقضى بجواره، ثم ظهر أنهم مدبرون كان قضاؤه بذلك باطلاً وإن قضى في فصلٍ مُجْتَهَدٍ فيه، وهو جواز بيع المدبر، لكن لما لم يعلم بذلك كان باطلاً اهـ.

فعلّم أنّ الضابط أخذ من فرع وقع فيه القضاء على خلاف رأيه السابق، وهو أنّ المدبر لا يُباع، فلذا كان قضاؤه باطلاً، وعدم العلم دليل بقاء رأيه السابق، أما لو كان علماً وقضى على خلاف رأيه السابق حُمِلَ على تبديل اجتهاده، بدليل ما في "السيرة الكبرى" في باب الفداء الذي يرجع إلى أهله حيث قال^(٢): مات وله رقيق وعليه دين كثير، فباع القاضي رقيقه وقضى دينه، ثم قامت البينة لبعضهم أنّ مولاه كان دبره فإن بيع القاضي فيه يكون باطلاً، ولو كان القاضي عالماً بتدبيره واجتهد وأبطل [٢/٢١٣/٣] تدبيره لكونه وصيةً وباعه في الدين ثم ولي قاض آخر يرى ذلك خطأ فإنه ينفذ قضاء الأول إلخ، فعلم أنّ عدم النفاذ ليس هو لعدم العلم، بل لكونه بيع الحر.

وقال "الحسام" أيضاً: قال في كتاب الرجوع عن الشهادة: إذا قضى القاضي بشهادة محدوتين في قذفٍ وهو لا يعلم بذلك، ثم ظهر لا ينفذ قضاؤه. وهو محمولٌ على محدوتين شهدا بعد التوبة كما في قضاء "شرح الجامع"، ومن المعلوم أنّ قضاءه هذا على خلاف رأيه المقرر قبل ذلك، فلذا لم ينفذ، فعلم النفاذ لعدم صحة الشهادة لا لعدم العلم، فإذا ظهر أنّ هذا في قضاء القاضي المجتهد، وأن اعتبار العلم وعدمه إنما هو للدلالة على البقاء على الاجتهاد الأول أو تبديله، وأنه لو كان

(١) انظر "شرح السيرة الكبرى": باب من الفداء الذي يرجع إلى أهله إذا ظهر المسلمون والذي لا يرجع ١٣٢٦/٤

لكن في "الخلاصة"^(١): ((ويُفتي بخلافه))،

على وفق رأيه نفذ وإن لم يعلم بالخلاف ظهر لك أنَّ اعتبار هذا في القاضي المقلد جهالة فاحشة وخرق لما أجمعت عليه الأمة في أنَّ المقلد إذا قضى بقول إمامه مُستوفياً للشروط نفذ قضاؤه سواء علم أنَّ في المسألة خلافاً أو لا، وصار المختلف فيه بقضائه مُتفقاً عليه كما صرَّحت به نصوص المختصرات والمطولات، وامتنع نقضه بالإجماع))، هذا خلاصة ما في تلك الرسالة.

وحاصله: أنَّ اشتراط كون القاضي المجتهد عالماً بالخلاف إنما هو لبيان أنَّ الموضع المختلف فيه الذي لم يقصد الحكم به لعدم علمه به كصحة بيع المدير وقبول شهادة المحدود لا يصير محكوماً به في ضمن الحكم الذي قصده، وهو بيع عبد المديون لقضاء دينه، وقبول شهادة العدل في الصورتين السابقتين ونحوهما؛ إذ لا وجه لصيرورته محكوماً به مع عدم علمه به وقصده له ومع كونه مخالفاً لرأيه، بخلاف ما إذا كان عالماً به وقصد الحكم به فإنه وإن خالف رأيه يصح حكمه به، ويكون ذلك رجوعاً عن رأيه السابق لتغير اجتهاده فينفذ، وإذا رفع إلى قاضٍ آخر أمضاه، وهذا كلام في غاية التحقيق، وحيث كان هذا هو ظاهر الرواية فلا يعدل عنه، وكأنَّ "صاحب الخلاصة" فهم أنَّ المراد اشتراط علمه بالخلاف فيما قصد الحكم به أو لم يقصد، فذا قال^(١): ((ويُفتي بخلافه))،

(قوله: وهذا كلام في غاية التحقيق الظاهر: أنَّ ما نقله العلامة "قاسم" من عدم نفاذ الحكم مسألة أخرى، موضوعها: ما إذا حكم غير عالم بالمحكوم به، وأنه إذا كان عالماً به يصح، ويحصل على تبدل رأيه بدون تحقق الشرط الذي ذكره "الشراح"، وهذه طريقة أخرى غير ما فيه. والمتبادر من كلام "الشراح" وغيره أنَّ موضوع المسألة ما إذا كان القاضي يرى عدم بيع المدير مثلاً، ثم خالف رأيه وحكم بالصحة، فيقال: لا ينفذ حكمه إلا إذا علم باختلاف العلماء فيه، فإنه حينئذ يكون رجوعاً عن رأيه إلى رأي غيره، فيكون رأياً حادثاً له أو تقليداً لغيره فينفذ، وإذا لم يعلم ذلك يكون باقياً على رأيه بدون تقليد غيره، فيكون مجازفاً في حكمه، فلا ينفذ، هذا هو المفهوم من عباراتهم في هذه المسألة، وحينئذ ترجع هذه المسألة لمسألة حكم القاضي بخلاف رأيه كما شرَّحه في "البحر"، فتأمل.

(١) "الخلاصة": كتاب القضاء - الفصل الرابع فيما يتعلق بقضاء القاضي وفي قضاء القاضي بعلمه إلخ ق ٢٠١/ب، معرباً إلى "الصدر الشهيد".

و كأنه تيسيراً، فليحفظ بعد دعوى صحيحة من خصم على خصم حاضر،.....

ولا سيما إن كان فهم أيضاً أنه شرط في المجتهد وغيره؛ إذ لا شك في عسر ذلك ولا سيما على قضاة زماننا، فافهم، والله سبحانه أعلم.

[٢٦٢٨٢] (قوله: بعد دعوى صحيحة إلخ) الظرف متعلق بـ ((حكم)) في قوله: ((حكم قاضي))، أو محذوف خبر أيضاً لـ: ((كان)) المقدرة بعد ((لو)) في قوله: ((لو مجتهداً فيه)). قال في "البحر" ^(١) أول كتاب القضاء: ((فإن قيد هذا الشرط لم يكن حكماً، وإنما هو إفتاء صرح به الإمام "السرخسي" ^(٢)، وبأنه شرط لنفاذ القضاء في المجتهدات. ونقل الشيخ "قاسم" في فتاواه الإجماع عليه))، ثم قال هنا في "البحر" ^(٣): ((الحاصل: أن الحكم المرفوع لا بد أن يكون في حادثة وخصومة صحيحة كما صرح به "العمادي" ^(٤) و"البرازي" ^(٥)، وقالوا: حتى لوفات هذا الشرط لا ينفذ القضاء؛ لأنه فتوى اهـ. فلو رُفع إلى حنفٍ قضاء مالكي بلا دعوى لم يلتفت إليه، ويحكم بمقتضى مذهبه، ولا بد في إمضاء الثاني لحكم الأول من الدعوى أيضاً كما سمعت)) اهـ، أي: لا بد في حكم الثاني إذا رُفع إليه حكم الأول من أن يكون أيضاً بعد دعوى صحيحة كما نقله قبله عن "البرازية"، وهذه الدعوى والخصومة تسمى الحادثة؛ لحدوثها عند القاضي ليحكم بها، بخلاف ما كان من لوازم تلك الحادثة، فإنه لم يحدث بدون الخصومة فيه، فلذا لم يصح حكمه به قبلها كما يأتي بيانه ^(٦) في الموجب قريباً. ثم أعلم أن اشتراط تقدم الدعوى إنما هو في القضاء القضيّ القوليّ دون الضمني والفعلي كما سنحققه ^(٧) في الفرع، وكذا ما تسمع فيه الدعوى حسبة، ومنه الوقف كما يأتي ^(٨) قريباً.

(١) "البحر": ٢٧٩/٦.

(٢) "المبسوط": كتاب أدب القاضي - ٨٤/١٦، وانظر باب كتاب القاضي إلى القاضي ٩٧/١٦.

(٣) "البحر": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ١٠/٧ باختصار.

(٤) انظر "جامع الفصولين": الفصل الثاني في القضاء في المجتهد فيه ٢١/١.

(٥) "البرازية": كتاب أدب القاضي - الفصل الرابع فيما يتعلق بقضائه إلخ - نوع في علمه ١٦٤/٥ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٦) المقولة [٢٦٢٨٩] قوله: ((وقد تعارفوا إلخ)).

(٧) المقولة [٢٦٤٤٥] قوله: ((فعل القاضي حكم إلخ)).

(٨) المقولة [٢٦٢٨٨] قوله: ((لترك ما ذكر)).

وإلا كان إفتاءً، فيحكمُ بمذهبه لا غير، "بحر"^(١). وسيجيءُ آخرُ الكتاب، وأنه إذا ارتابَ في حكمِ الأوَّلِ له طلبُ شهودِ الأصلِ، قال: ((وبه عُرفَ أنَّ تَنافُيْدَ زَمَانِنَا لَا تُعْتَبَرُ))؛

[٢٦٢٨٣] (قوله: وإلاَّ أي: وإنَّ لم يكنْ حُكْمُ الأوَّلِ [ب/٢١٣ق/٣] بعدَ دَعْوَى صحيحةٍ لم يكنْ قضاءً صحيحاً، بل ((كان إفتاءً))، أي: بياناً لحُكْمِ الحادثة، وإذا كان إفتاءً لم يلزم القاضي الثاني تنفيذه، بل يحكمُ بمقتضى مذهبه وافقَ حُكْمِ الأوَّلِ أو خالفه، فافهم. ٣٢٦/٤ [٢٦٢٨٤] (قوله: وسيجيءُ آخرُ الكتاب) أي: في مسائلَ شتى قبيلَ الفرائض^(٢). وحاصله ما قدَّمناه^(٣) عن "البحر".

[٢٦٢٨٥] (قوله: وأنه إذا ارتابَ إلخ) عطفٌ على الضميرِ المستترِ في ((سيجيءُ))، فإنَّ هذا الحكمَ مذكورٌ هناك^(٤) أيضاً. اهـ "ح"^(٥). لكنَّ هذا ذكره في "البحر"^(٦)، وقال في "النهر"^(٧): ((ولم أجدْه لغيره))، وتبعه "الحموي"، ط^(٨).

[٢٦٢٨٦] (قوله: قال^(٩)) أي: "صاحبُ البحر"^(١٠)، وسبقه إلى ذلك العلامةُ "ابنُ العرَّس". [٢٦٢٨٧] (قوله: وبه عُرفَ) أي: بما دُكرَ، فإنه أفادَ أنَّ شرطَ صحَّةِ الحكمِ كونه بعدَ دَعْوَى صحيحةٍ إلخ.

(١) "البحر": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ١٠/٧ بتصرف.

(٢) انظر "الدر" عند الموقلة [٣٦٩٧٢] قوله: ((مُنازع شرعي)).

(٣) الموقلة [٢٦٢٨٢] قوله: ((بعدَ دَعْوَى صحيحةٍ إلخ)).

(٤) انظر "الدر" عند الموقلة [٣٦٩٧٧] قوله: ((إذا ارتاب)).

(٥) "ح": كتاب القضاء - فصل في الحبس ق ٣٠٧/ب.

(٦) "البحر": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ١٠/٧.

(٧) "النهر": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ق ٥٣٥/أ.

(٨) "ط": كتاب القضاء - فصل في الحبس ١٩٣/٣.

(٩) في الأصل "و" و"ب": ((وقال)) بالواو.

(١٠) "البحر": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ١٠/٧ بتصرف.

لترك ما ذكر،.....

[٢٦٢٨٨] قوله: لترك ما ذكر) فمؤداها إحاطة القاضي الثاني علماً بحكم القاضي الأول على وجه التسليم له، وأنه غير معترض عنده، ويسمى اتصالاً، ويتجاوز بذكر الثبوت والتنفيذ فيه. اهـ "ابن العرس".

قلت: وللعامة "ابن نجيم" صاحب "البحر" رسالة في الحكم بلا تقدم الدعوى، وقال في آخرها^(١): ((واعلم أن هذا فيما تشرط فيه الدعوى، وأما الوقف فالصحيح عدم اشتراطها؛ لكونه حقاً لله تعالى، فتقبل البيئة بلا دعوى، ويحكم به كما في "البرازية"^(٢) و"الظهيرية"^(٣) و"العمادية" وغيرها، فعلى هذا لا إنكار على التنفيذ الواقعة في زماننا لكنب الأوقاف؛ لأن حاصلها إقامة البيئة على حكم قاض بالوقف^(٤)، فقولهم: إن التنفيذ في زماننا ليست أحكاماً إنما هو في غير الوقف إلخ)) اهـ ملخصاً.

قلت: لكن هذا ظاهر في الوقف على الفقراء وفي إثبات مجرد كونه وقفاً، أما كونه موقوفاً على فلان أو فلان وأن الوقف شرط كذا أو كذا فهذا حق عبدي، فلا بد فيه من دعواه لإثبات حقه، وكذا في إثبات شروطه كما يعلم مما ذكرناه في كتاب الوقف^(٥)، فتأمل.

قوله: وأما الوقف فالصحيح عدم اشتراطها إلخ) عدم اشتراطهم الدعوى إنما هو للحكم بالوقف، وليس في كلامهم ما يدل على عدم اشتراطها لتنفيذ هذا الحكم، فيدون الدعوى يكون التنفيذ خالياً عن الحكم الواقع في التنفيذ في الأوقاف لعدم^(٦) تقدم دعوى للحكم، فالإنكار ما زال وارداً، تأمل.

(١) الرسالة السابعة والثلاثون فيما يطل دعوى المدعي وخصومه ص ٣٠٠ - ٣٠١ - (ضمن "رسائل ابن نجيم").

(٢) "البرازية": كتاب الوقف - الفصل السابع في الدعوى والشهادة ٢٨٢/٦ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) "الفتاوى الظهيرية": كتاب الوقف - القسم الثالث - الفصل الأول في دعوى الوقف والشهادة عليه ص ٢٢٥/ب.

(٤) أي: بلا تقدم دعوى، كما في "رسائل ابن نجيم".

(٥) للمقولة [٢١٦٤١] قوله: ((لكن بحث فيه "ابن الشحنة" إلخ)).

(٦) عبارة مطبوعة "التقارير": ((عدم))، وسياق المسألة - كما في رسالة ابن نجيم المذكورة - يقتضي ما أثبتناه.

وقد تعارفوا في زماننا القضاء بالموجب،

مطلب مهم في الحكم بالموجب

[٢٦٢٨٩] (قوله: وقد تعارفوا إلخ) هذا من متعلقات اشتراط صحة الدعوى من خصم

على خصم حاضر لصحة القضاء.

وبيانه: أنه إذا وقع تنازع في موجب خاص من موجب ذلك الشيء الثابت عند القاضي، ووقعت الدعوى بشروطها كان حكماً بذلك الموجب فقط دون غيره، فلو أقر بوقف عقار عند القاضي، وشرط فيه شروطاً وسلمه إلى المتولي، ثم تنازعا عند القاضي الحنفي في صحته ولزومه، فحكم بهما وبموجبه لا يكون حكماً بالشروط، فللشافعي أن يحكم فيها بمقتضى مذهبه، ولا يمنع حكم الحنفي السابق، وقامه في "الأشباه"^(١).

وذكر في "البحر"^(٢): ((أن القاضي إذا قضى بشيء في حادثة بعد دعوى صحيحة لا يكون قضاء فيما هو من لوازمه))، إلى أن قال^(٣): ((فقد عنمت من ذلك كثيراً من المسائل، فإذا قضى شافعي بصحة بيع عقار وموجبه^(٤) لا يكون حكماً منه بأنه لا شفعة للجار؛ لعدم حاديتها، وكذا إذا قضى حنفي لا يكون حكماً بأن الشفعة للجار وإن كانت الشفعة من مواجبه^(٥)؛ لأن حاديتها لم توجد وقت الحكم ولا شعور للقاضي بها، وكذا إذا قضى مالكي بصحة التعليق في اليمين المضافة لا يكون حكماً بأنه لا يصح نكاح الفضولي المجاز بالفعل؛ لعدم وقته^(٦)، فافهم، فإن أكثر أهل زماننا عنه غافلون)) اهـ.

(١) انظر "الأشباه والنظائر": الفن الأول: القواعد الكلية - النوع الثاني - القاعدة الأولى: الاجتهاد لا ينقض مثله ص ١٩٩.

(٢) "البحر": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ١٠/٧.

(٣) "البحر": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ١٠/٧ - ١١.

(٤) في هامش "الأصل": ((قوله: «ووجبه» هو: خروج المبيع من ملك البائع ودخوله في ملك المشتري، إلى آخر ما يأتي)).

(٥) في "الأصل": ((مواجبه)).

(٦) في هامش "الأصل": ((قوله: «لعدم وقته»؛ لأنه لم توجد فيه خصومة اهـ)).

وكذا قال العلامة "قاسم": ((أما كون الحكم حادثة فاحترار عما لم يحدث بعد، كما لو حكم بموجب إجارة لا يكون حكماً بالفسخ بموت أحد المتأجرين؛ لأنه لم توجد فيه خصوصية)) اهـ.

قلت: وقد ظهر من هذا أن المراد بالموجب هنا الذي لا يصح به الحكم هو ما ليس من مقتضيات العقد، فالبيع الصحيح مقتضاه خروج المبيع عن ملك البائع، ودخوله في ملك المشتري، واستحقاق التسليم والتسليم في كل من الثمن والثمن ونحو ذلك، [٢/٢١؛ ٣/٣] فإن هذه وإن كانت من موجباته^(١) لكنها مقتضيات لازمة له^(٢)، فيكون الحكم به^(٣) حكماً بها^(٤)، بخلاف ثبوت الشفعة فيه للخليط أو للجار مثلاً، فإن العقد لا يقتضي ذلك، أي: لا يستلزمه، فكمن من يبيع لا تطب فيه الشفعة^(٥)، فهذا يسمى موجب البيع ولا يسمى مقتضى، وهذا معنى قول بعض المحققين من الشافعية^(٦): ((إن الموجب عبارة عن الأثر المترتب على ذلك الشيء، وهو المقتضى مختلفان خلافاً لمن زعم اتحادهما؛ إذ المقتضى لا ينفك والموجب قد ينفك، فالأول كانتقال الملك للمشتري بعد لزوم البيع، والثاني كالرد بالعيب، والموجب أعم؛ لأنه الأثر اللازم سواء كان ينفك أو لا)). اهـ.

وهذا أحسن مما قاله العلامة "ابن العرس": ((من أن موجب الشيء ما أوجبه ذلك الشيء واقتضاه، فالموجب والمقتضى في الأصل واحد، ولكن يلزم من بعض الصور أن الموجب

(١) في هامش "الأصل" هنا: ((أي: من موجبات البيع)).

(٢) في هامش "الأصل" هنا: ((أي: للبيع)).

(٣) في هامش "الأصل" هنا: ((أي: بالموجب)).

(٤) في هامش "الأصل" هنا: ((أي: المقتضيات المذكورة)).

(٥) في هامش "الأصل": ((قوله: لا تطب فيه الشفعة: بأن لم يكن عقاراً، أو كان لكنه ليس فيه خليط، أو ليس له

جوار بأن عري عنه موجب شفعة فيه)) اهـ.

(٦) "تحفة المحتاج": كتاب القضاء - فصل في آداب القضاء وغيرها ١٤١/١٠ بتصرف.

في باب الحكم أعم، وهو التحقيق؛ إذ لو باع مدبره^(١) ثم تنازعا عند القاضي الحنفي، فحكم بموجب ذلك البيع صح الحكم، ومعناه الحكم بطلان ذلك البيع، ومن المعلوم أن الشيء لا يقتضي بطلان نفسه، فظهر أن الحكم في هذه الصورة لا يكون حكماً بالمقتضى^(٢)، وإلا كان باطلاً^(٣)، وكان للشافعي نقضه والحكم بصحة البيع؛ إذ لا مقتضى لبيع عند الحنفي؛ لأنه باطل، ويصح عند الحنفي أن يقال: موجب هذا البيع البطلان)) اهـ ملخصاً.

وإنما قلنا: إن ما مرَّ أحسن لأنه يرد على ما قاله "ابن الغرس" أنه كما يقال: إن الشيء لا يقتضي بطلان نفسه فكذلك يقال: إنه لا موجب بطلان نفسه، فدعواه أنهما في الأصل بمعنى واحد، وأن هذا السبب هو الداعي إلى الفرق بينهما هنا غير مسلم.

فالظاهر: أن الفرق بينهما هو اشتراط عدم الانفكاك في المقتضى لا في الموجب، فالموجب أعم، فالحكم بالموجب عندنا لا يصح ما لم يكن حادثه، بأن وقع فيه الترفع والتنازع عند الحاكم كما مرَّ^(٤)، فإذا وقع التنازع في صحة البيع ولزومه فحكم بموجب ذلك البيع كان حكماً بصحته وبإلزام مقتضياته الشرعية التي لا تنفك عنه كملك المشتري المبيع ولزوم دفعه الثمن ونحو ذلك، بخلاف موجب المنفك عنه كاستحقاق الجار الأخذ بالثمن؛ لعدم الحادثة كما قلنا.

مطلب: الموجب على ثلاثة أقسام

ثم أعلم أن "ابن الغرس" ذكر: ((أن الموجب على ثلاثة أقسام: لأنه إما أن يكون أمراً واحداً، أو أموراً يستلزم بعضها بعضاً، أو لا.

(١) في هامش "الأصل" هنا: ((أي: المدبر باع مدبره)).

(٢) في هامش "الأصل" هنا: ((أي: المبيع من)).

(٣) في هامش "الأصل": ((قوله: وإلا لكان باطلاً: لأن الحنفي لا يصح عنده بيع المدبر، فحينئذ يصح للشافعي نقضه، ويحكم بصحة بيع المدبر؛ لأنه يرد، ولا يمنعه حكم الحنفي السابق بصحته)) اهـ.

(٤) في هذه المقرة.

فالأوّل: كالقضاء بالأَملاكِ المرسلة والطلاق والعِتاق؛ إذ لا موجب لهذا سوى ثبوت ملك الرقبة للعَيْن، والحُرِّيَّة، وانحلال قيد العصمة.

والثاني: كما إذا ادَّعى ربُّ الدَّيْنِ على الكفيل بدَّينٍ له على الغائب المكفول عنه وطالبه به، فأدَّكر الدَّيْن، فأثبتهُ وحُكِمَ بموجِب ذلك، فالموجبُ هنا^(١) أمران: لزوم الدَّيْن للغائب، ولزوم أدائه على الكفيل، والثاني يستلزم الأوّل في الثبوت.

والثالث: كما إذا حَكَمَ شافعيٌّ بموجب بيع عقارٍ اقتصر الحكم على ما وقعت به الدَّعوى، فلا يكون حكمًا بأنّه لا شفعة للجار، وهكذا في نظائره. هذا حاصل ما قرَّره "ابن الغرس"، وتبعه في "النهر"^(٢)، وزاد عليه قسمًا رابعًا، لكنّه يرجع إلى كونه شرطًا للقسم الثاني كما يظهر بالتأمل لمن راجعه.

(تنبيه)

قدّمنا^(٣) أنفاً عن "البحر" عن "فتاوى الشَّيخ قاسم": ((أنّه نقل الإجماع على أن تقدّم الدَّعوى الصحيحة شرط لنفاذ الحكم))، وأيد ذلك "صاحبُ البحر"^(٤) في رسالة ألفها في ذلك، ثم قال^(٥): ((فقد استُفيدَ ممّا في هذه الكتب المعتمدة أنّه لا فرق بين ما إذا كان القاضي حنفيًّا أو غيره))، إلى أن قال^(٥): ((ومِمّا فرَّعته على أن قضاء المخالف إذا رُفِعَ إلينا فإننا نمضيه فيما وقَعَ حكمه به لا في غيره: ما لو قضى ٣١/٢١٤/١ شافعيٌّ بينة ذي اليد على خارج نازعه، ثم تنازع ذو اليد وخارج آخر عند حنفيٍّ فإنّه يسمَع الدَّعوى، ولا يَمنعُه قضاء الشافعيّ من سماعها،

(١) في "الأصل" و"٣": ((ههنا)).

(٢) "النهر": كتاب القضاء ق ٤٢٦/ب.

(٣) المقولة [٢٦٢٨٢] قوله: ((بعد دَّعوى صحيحة إلخ)).

(٤) الرسالة السابعة والثلاثون: فيما يطل دعوى المدعي وخصومه ص ٢٨٤- بتصرف (ضمن "رسائل ابن نجيم").

(٥) الرسالة السابعة والثلاثون: فيما يطل دعوى المدعي وخصومه ص ٢٩٨ - ٢٩٩- بتصرف (ضمن "رسائل ابن نجيم").

بناءً على أنَّ مذهبنا أنَّ القضاء بالملك لا يكون قضاءً على الكافة، بل يقتصرُ على المُقتضيِّ عليه، وهو الخارجُ الأوَّلُ وإنَّ كان مذهبُ الحاكمِ تعدُّيه كما قدَّمناه من أنَّ قضاءَ المالكيِّ بغيرِ دَعْوَى غيرِ صحيحٍ عندنا وإنَّ صَحَّ عنده، فإذا رُفِعَ إلينا لا نُنْفِذه، وكذلك هنا لا تتعرَّضُ لحُكمِهِ على الخارجِ الأوَّلِ، وأمَّا الثاني فلم يقعْ حُكمُهُ عليه على مُقتضى مذهبنا.

ومِمَّا فَرَعَتْهُ: لو حَجَرَ شافعيٌّ على سَفِيهِ بعدَ دَعْوَى صحيحةٍ، ثم رُفِعَتْ إلينا حادثةٌ من تَصَرُّفَاتِهِ فَإِنَّا نَحْكُمُ بمذهبِ "أبي يوسف" و"محمد" في الحَجْرِ على السَفِيهِ، فإنَّهما وإنَّ وافقَا الشَّافعيَّ في أَصْلِ الحَجْرِ لم يُوافِقَاهُ في أَنَّهُ يُؤَثِّرُ في كُلِّ شَيْءٍ، وإنَّما يُؤَثِّرُ عندهما فيما يُؤَثِّرُ فيه الهَزْلُ، فإذا تَزَوَّجَتِ السَّفِيْهُةُ التي حَجَرَ عليها شافعيٌّ، ولم يُرَفَعْ نكاحُها إليه ولم يُطْلَهِ بل رُفِعَ إلى حنفيٍّ فَهوَ أَنَّ يَحْكُمُ بصحَّتِهِ لو التَّزَوُّجُ كُفْتاً على قولِهما المُتَمَتَّى به، ولا يَمْنَعُهُ مذهبُ الخارجِ؛ لَعَدَمِ وُجُودِ حادثةِ التَّزَوُّجِ وقتَ^(١) الحَجْرِ، ولم تكنْ لازِمةً للحَجْرِ حتَّى تَدْخُلَ ضَمْنُهَا؛ لِتَقْبُولِ الانفكَاكُ؛ لجوازِ أَنَّ لا تَتَزَوَّجَ المحجورةُ أصلاً، وقد تَوَقَّفَ فِيهِ بعضُ مَنْ لا اِطِّلاعَ لَهُ على كلامِهِمْ)) اهـ.

قلتُ: ويُعَلِّمُ مِنْهُ ما يَقَعُ الآنَ مِنْ وَقُوعِ التَّنَازُعِ في صَحَّةِ الإِجَارَةِ الطَّوِيلَةِ عِنْدَ قَاضِي شافعيٍّ، فَيَحْكُمُ بصحَّتِها وبعَدَمِ انْفِسَاخِها بموتٍ ولا غيرِهِ، فَإِنَّ عَدَمَ الانْفِسَاخِ بِالْمَوْتِ لَمْ يَصِرْ حادثةً وقتَ الحُكْمِ؛ لأنَّ الموتَ لم يوجدْ وقتَهُ، فللحنفيِّ أَنَّ يَحْكُمَ بالفسخِ بالموتِ كما أَتَى بِهِ في "الخَيْرِيَّة"^(٢). وَذَكَرَ "ابنُ الغَرَسِ" مِنْ هَذَا الْقَبِيلِ: ((ما لو وَهَبَ ابْنُهُ وَسَلَّمَهُ الْعَيْنَ المَوْهوبةَ، وَقَضَى شافعيٌّ بِالْمَوْجِبِ، ثُمَّ بَعْدَ مَدَّةٍ رَجَعَ الوَاهِبُ فِي هَيْبَتِهِ وَتَرَافَعَا عِنْدَ الْقَاضِي الحنفيِّ، فَحَكَمَ بِبُطْلَانِ الرُّجُوعِ))، قال: ((وقد حَصَلَ التَّنَازُعُ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ بَيْنَ أَهْلِ الْمَذْهَبَيْنِ، فَقَالَ الْقَاضِي الشَّافعيُّ: حُكْمُ الحنفيِّ باطلٌ؛ لِأَنِّي حَكَمْتُ قَبْلَهُ بِمَوْجِبِ الْهَبَةِ، وَمِنْ مُوجِبِهَا عِنْدِي أَنَّ الْأَبَ

(١) في "٣": ((عند)).

(٢) "الفتاوى الخيرية": كتاب الإجارة ١١٥/٢.

وهو عبارة عن المعنى المتعلق بما أُضيفَ له^(١) في ظنِّ القاضي شرعاً من حيث إنَّه يَقْضِي به، فإذا حَكَمَ حنفيٌّ بِمُوجِبِ بَيْعِ المَدْبَرِ كان معناه الحكم بِبُطْلانِ البيعِ،....

يَمْلِكُ الرَّجُوعَ، والحكمُ في الخِلَافَةِ يَجْعَلُهَا وَفَاقِيَةً. وقال القاضي الحنفيُّ: الرَّجُوعُ حادثةٌ مُسْتَقَلَّةٌ وَجَدَتْ بَعْدَ الحُكْمِ الأوَّلِ. عَمْدَةٌ طَوِيلَةٌ، فكيف تَدْخُلُ تَحْتَ حُكْمِهِ؟!

وَأُجِبَ فِيهَا: بأنَّ المَوْجِبَ هُنَا أَمْرٌ، هِيَ: خُرُوجُ الْعَيْنِ مِنْ مِلْكِ الْوَائِبِ وَدُخُولُهَا فِي مِلْكِ الْمُوْجِبِ لَهُ، وَمِلْكُ الْوَائِبِ الرَّجُوعَ إِذَا كَانَ أَبَا عِنْدَ الشَّافِعِيِّ، وَعَدْمُهُ عِنْدَ الْحَنَفِيِّ، فَإِنَّ كَانَ التَّدَاعِي عِنْدَ الْقَاضِي لَيْسَ إِلَّا فِي انْتِقَالِ الْعَيْنِ مِنْ مِلْكِ الْوَائِبِ إِلَى مِلْكِ الْمُوْجِبِ لَهُ اقْتَصَرَ الْقَضَاءُ بِالْمُوجِبِ عَلَى ذَلِكَ، فَإِذَا كَانَ الْقَاضِي الْأَوَّلُ شَافِعِيًّا لَا يَصِيرُ كَوْنُ الْأَبِ يَمْلِكُ الرَّجُوعَ مُحْكوماً بِهِ، وَإِذَا كَانَ حَنَفِيًّا لَا يَصِيرُ عَدَمُ مِلْكِهِ ذَلِكَ مُحْكوماً بِهِ، فَلِلْقَاضِي الثَّانِي أَنْ يَحْكُمَ بِمَدْمُوحِهِ، أَيْ: لِأَنَّ الْأَمْرَ الْأَوَّلَ لَا يَسْتَلْزِمُ الْأَمْرَ الثَّانِيَّ فِي الثَّبُوتِ).

قال: ((فَتَبَيَّنَ أَنَّ الْقَضَاءَ فِي حُقُوقِ الْعِبَادِ يُشْتَرِطُ لَهُ الدَّعْوَى الْمُوصِلَةُ لَهُ شَرْعاً عَلَى وَجْهِ يَحْصُلُ بِهِ الْمَطَابَقَةُ إِلَّا مَا كَانَ عَلَى سَبِيلِ الْاسْتِزْلَامِ^(٢) الشَّرْعِيِّ، أَيْ: كَمَا فِي مَسْأَلَةِ الْكِفَالَةِ الْمَاةِ^(٣)، وَلَيْسَ لِلْقَاضِي أَنْ يَتَّبِعَ بِالْقَضَاءِ بَيْنَ اثْنَيْنِ فِيمَا لَمْ يَتَخَصَّصَا إِلَيْهِ فِيهِ)) اهـ مُلْخَصاً، فَاعْتَفِرِ التَّطَوُّيلَ فِي هَذَا الْمَقَامِ، بِمَا حَوَاهُ مِنَ الْفَوَائِدِ الْعِظَامِ.

٣٢٨/٤

٢٦٢٩٠١ (قوله: وهو عبارة عن المعنى) أي: كَخُرُوجِ الْمَبِيعِ مِنْ مِلْكِ الْبَائِعِ، وَدُخُولِهِ فِي مِلْكِ الْمُشْتَرِي، وَوُجُوبِ التَّسْلِيمِ وَالتَّسْلِيمِ وَنَحْوِ ذَلِكَ مِنْ مُتَعَضِّياتِ الْبَيْعِ وَلَوَازِمِهِ، فَذَلِكَ الْمَعْنَى الْمُحْكَمُ بِهِ الْمُضَافُ إِلَى الْبَيْعِ^(٤) الْمُتَعَلِّقُ بِهِ فِي ظَنِّ الْقَاضِي شَرْعاً هُوَ الْمَوْجِبُ هَاهُنَا، وَهُوَ الَّذِي اقْتَضَاهُ عَقْدُ الْبَيْعِ، وَأَمَّا الْحُكْمُ بِمُوجِبِ [٢١٥٣/٣] بَيْعِ الْمَدْبَرِ فَهُوَ الْمَعْنَى الَّذِي أُضِيفَ إِلَى ذَلِكَ الْبَيْعِ فِي ظَنِّ الْقَاضِي شَرْعاً، وَهُوَ كَوْنُ ذَلِكَ الْبَيْعِ بَاطِلاً، وَلَكِنَّ هَذَا الْمَعْنَى لَيْسَ هُوَ مُتَقَضًى ذَلِكَ الْبَيْعِ؛ إِذِ الْبَيْعُ لَا يَقْتَضِي بَطْلَانَهُ نَفْسِهِ. اهـ "ابن العَرَس".

(١) في "ب" و"ط": ((إليه)).

(٢) في "أ": ((الإلزام)).

(٣) في هذه المقولة.

(٤) في "م": ((المبيع)).

و**ظَهَرَ مِنْهُ**: أَنَّ الْمُرَادَ بـ ((ما)) في قوله: ((بما أُضِيفَ لَهُ)) هو البيعُ مثلاً، فَإِنَّ دُخُولَ الْمُبِيعِ فِي مِلْكِ الْمُشْتَرِي مُتَعَلِّقٌ بِذَلِكَ الْبَيْعِ، وَمُضَافٌ إِلَيْهِ شَرْعاً فِي ظَنِّ الْقَاضِي، أَيْ: فِي قَصْدِهِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ يَقْضِي بِهِ، أَيْ: يَقْصِدُ الْقَضَاءَ بِهِ، وَكَذَا غَيْرُهُ مِنْ مُقْتَضَيَاتِ الْبَيْعِ اللَّازِمَةِ لَهُ. وَاحْتَرَزَ بِهِ عَمَّا لَا يَقْصِدُ الْقَضَاءَ بِهِ؛ لِعَدَمِ التَّنَازُعِ فِيهِ كَثُوبِ حَقِّ الشُّفْعَةِ. وَأَفَادَ أَنَّ الْمَوْجِبَ قَدْ يَكُونُ مُقْتَضًى كَمَا مَثَّلْنَا، وَقَدْ يَكُونُ غَيْرَ مُقْتَضًى كِبُطْلَانِ بَيْعِ الْمُدَبِّرِ، فَإِنَّهُ مُوجِبٌ لَا مُقْتَضًى عَلَيْهِ مَا قَرَّرَهُ سَابِقاً^(١)، فَافْهَمْ.

ثُمَّ لَا يَخْفَى أَنَّ هَذَا التَّعْرِيفَ مَعَ مَا فِيهِ مِنَ التَّقْيِيدِ خَاصُّ بِالْمَوْجِبِ الَّذِي وَقَعَ الْحُكْمُ بِهِ صَحِيحاً، مَعَ أَنَّ الْمَوْجِبَ أَعْمُ مِنْهُ، فَإِنَّ الْمَعْنَى الْمُتَعَلِّقُ بِذَلِكَ الْبَيْعِ الْمُضَافِ إِلَيْهِ يَصْدُقُ عَلَى ثُبُوتِ حَقِّ الشُّفْعَةِ فِيهِ وَثُبُوتِ رَدِّهِ بِخِيَارِ غَيْبٍ وَغَيْرِ ذَلِكَ مِمَّا لَيْسَ مِنْ مُقْتَضَيَاتِهِ اللَّازِمَةِ لَهُ، بِدَلِيلِ مَا مَرَّ^(٢) مِنْ أَنَّ الْمَوْجِبَ قَدْ يَكُونُ أَمْوراً يَسْتَلْزِمُ بَعْضُهَا بَعْضاً أَوْ لَا يَسْتَلْزِمُ، فَالْأَظْهَرُ وَالْأَخْصَرُ تَعْرِيفُهُ بِمَا قَدَّمْنَاهُ^(٣) مِنْ أَنَّهُ الْأَثَرُ الْمُرْتَبِطُ عَلَى ذَلِكَ الشَّيْءِ، وَإِنْ أَرَادَ تَخْصِيصَهُ بِمَا يَقَعُ بِهِ الْحُكْمُ صَحِيحاً عِنْدَنَا يَزِيدُ عَلَى ذَلِكَ قَوْلُنَا: إِذَا صَارَ حَادِثَةً، فَيَخْرُجُ مَا لَا حَادِثَةَ فِيهِ كَمَا لَوْ حَكَمَ شَافِعِيٌّ بِمَوْجِبٍ يَبِيعُ بَعْدَ انْكَارِهِ، لَا يَكُونُ حُكْماً بِثُبُوتِ خِيَارِ الْمَجْلِسِ مِثْلاً مِمَّا لَيْسَ مِنْ لَوَازِمِهِ، وَمِثْلُهُ مَا قَدَّمْنَاهُ^(٤) مِنْ مَسْأَلَةِ الْهَبَةِ وَغَيْرِهَا، هَذَا مَا ظَهَرَ لِي فِي هَذَا الْمَحَلِّ، فَتَأَمَّلْ.

(قوله: ثُمَّ لَا يَخْفَى أَنَّ هَذَا التَّعْرِيفَ مَعَ مَا فِيهِ مِنَ التَّقْيِيدِ خَاصُّ بِالْمَوْجِبِ الَّذِي وَقَعَ الْحُكْمُ بِهِ صَحِيحاً إلخ) لَيْسَ فِي التَّعْرِيفِ مَا يَقْضِي تَخْصِيصَ الْمَوْجِبِ بِالَّذِي وَقَعَ الْحُكْمُ بِهِ صَحِيحاً، بَلْ هُوَ أَعْمُ مِمَّا وَقَعَ الْحُكْمُ بِهِ صَحِيحاً أَوْ لَا.

(١) ص ٤٢٩ - "در".

(٢) فِي الْمَقُولَةِ السَّابِقَةِ.

ولو قال الموثق: وحكم بمقتضاه لا يصح؛ لأنَّ الشيء لا يقتضي بطلان نفسه. وبه ظهر أنَّ الحكم بالموجب أعم، "نهر"^(١). (إلا ما) عري عن دليل، "جمع"، أو (خالف كتاباً) لم يختلف في تأويله السلف.....

[٢٦٢٩١] (قوله: ولو قال^(٢) الموثق) هو كاتب القاضي الذي يكتب الوثيقة، وهي المسماة حجة في زماننا.

[٢٦٢٩٢] (قوله: وبه ظهر أنَّ الحكم بالموجب أعم) أي: من المقتضى، فإنَّ بطلان بيع المدبر موجب لا مقتضى؛ لما ذكره، فكل مقتضى موجب ولا عكس.

والضمير في ((به)) عائد إلى قوله: ((ولو قال الموثق إلخ))، فإنَّ "الشارح" اقتصر على التمثيل ببيع المدبر الذي هو من أفراد الموجب لئبَّه على أنَّ الموجب لا يلزم كونه مقتضى، فلا يرد ما قيل: إنَّ الذي ظهر من عبارته أنَّ بينهما التباين لا العموم، فافهم.

[٢٦٢٩٣] (قوله: "جمع") لم يمثَّل له في "شرحه"، قال "ط"^(٣): ((والمراد به - كما رأيت بهامشيه - نحو القضاء بسقوط الدين عند ترك المطالبة به سنين)).

مطلب في الحكم بما خالف الكتاب أو السنة أو الإجماع

[٢٦٢٩٤] (قوله: لم يختلف في تأويله السلف) الجملة صفة ((كتاباً))، والمراد بـ ((السلف)): الصحابة والتابعون رضي الله تعالى عنهم أجمعين؛ لقول "الهداية"^(٤): ((المعتبر الاختلاف في الصدر الأول))^(٥)، وهم الصحابة والتابعون أهد.

(قوله: والضمير في ((به)) عائد إلى قوله: ((ولو قال الموثق إلخ)) لكن لا بدَّ من ملاحظة تعريف الموجب أيضاً حتى يتم الظهور المذكور.

(١) "النهر": كتاب القضاء ٤/٢٦ ب.

(٢) في النسخ جميعها: ((إذا قال))، وما أثبتناه هو الموافق لنسخ الشارح ولقول المحشي في المقولة التي بعدها: ((الضمير في: به عائد إلى قوله: ولو قال الموثق إلخ))، وقد ثبَّه على ذلك مصححنا "ب" و"م".

(٣) "ط": كتاب القضاء - فصل في الحبس ٣/١٩٤.

(٤) "الهداية": كتاب أدب القاضي - باب كتاب القاضي إلى القاضي ٣/١٠٧.

(٥) هنا انتهت عبارة "الهداية" كما في مطبوعتها، وما بعده لعله من "شروح الهداية"، فهو في "العناية" ٦/٣٩٧.

كَمْثُرُوكِ تَسْمِيَةً^(١)، (أو سُنَّةٌ مشهورةٌ).....

وعليه فلا يُعْتَبَرُ اختلافُ مَنْ بعَدهم كـ "مالِكٍ" و "الشَّافِعِيَّ"، وسيأتي^(٢) أنه خلافُ الأصَحِّ.

[٢٦٢٩٥] (قوله: كَمْثُرُوكِ تَسْمِيَةً) أي: عَمْدًا، فإنه مُخَالِفٌ لظاهرِ قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا

وَمَا آتَاكُم مِّنْهُ﴾ [الأنعام: ١٢١] بناءً على أنَّ الواوَ في قوله: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا﴾ [الأنعام: ١٢١]

للعطفِ، والضَّميرُ راجعٌ إلى مصدرِ الفعلِ الذي دَخَلَ عليه حرفُ النِّهْيِ، أو إلى الموصولِ، واحتمالُ كونِها حَالِيَّةٌ - فتكونُ قِيْدًا لِلنِّهْيِ - رَدُّ بَأَنَّ التَّأْكِيدَ بـ: إِنَّ وَاللَّامَ يَنْفِيهِ؛ لِأَنَّ الحَالَ فِي

النِّهْيِ مَبْنَاهُ عَلَى التَّقْدِيرِ، كَأَنَّهُ قِيلَ: لَا تَأْكُلُوا مِنْهُ إِنْ كَانَ فِسْقًا، فَلَا يَصْلُحُ ﴿وَلَا تَأْكُلُوا﴾، بل: وهو فِسْقٌ، ولو سَلِمَ فَلَا نُسْلَمُ أَنَّهُ قِيْدٌ لِلنِّهْيِ، بل هو إشارةٌ إلى المعنى المَوْجِبِ له كـ: لَا تُهِنُ زَيْدًا وهو أخوك، وَلَا تَشْرَبِ الحَمْرَ وهو حرامٌ عليك، "نهر"^(٣) مُوَضَّحًا، وتَمَامُهُ في "رسالةِ ابنِ نجيم"^(٤) المؤلَّفةِ في هذه المسألة.

[٢٦٢٩٦] (قوله: أو سُنَّةٌ مشهورةٌ) قِيْدٌ بِالمشهورَةِ احترازًا عن الغريبِ، "زَيْلَعِي"^(٥).

ولابدَّ هاهنا مِنْ تَقْيِيدِ الكِتَابِ بِأَنَّ لَا يَكُونُ قَطْعِيَّ الدَّلَالَةِ، وَتَقْيِيدِ السُّنَّةِ بِأَنَّ تَكُونُ مشهورةً أو مُتَوَاتِرَةً غَيْرَ قَطْعِيَّةٍ الدَّلَالَةِ، وَإِلَّا فَمُخَالَفَةُ المُتَوَاتِرِ [٢١٥٣/٣١] مِنْ كِتَابٍ أو سُنَّةٍ إِذَا كَانَ قَطْعِيَّ الدَّلَالَةِ كُفْرٌ، كَذَا فِي "التَّلْوِيحِ"^(٦). وَأَمَّا إِذَا وَقَعَ الخِلَافُ فِي أَنَّهُ مُؤَوَّلٌ أو غَيْرُ مُؤَوَّلٍ فَلَا بَدَّ أَنْ يَتَرَجَّحَ أَحَدُ الْقَوْلَيْنِ بِنُبُوتِ دَلِيلِ التَّأْوِيلِ، فَيَقَعُ الاجْتِهَادُ فِي بَعْضِ أَفْرَادِ هَذَا الْقِسْمِ أَنَّهُ مِمَّا يَسُوغُ فِيهِ الاجْتِهَادُ أَمْ لَا، كَذَا فِي "الْفَتْحِ"^(٧).

(قوله: أو إلى الموصولِ) على معنى: وَإِنْ أَكَلَهُ فِسْقٌ، أو جُعِلَ مَا لَمْ يُذَكَّرْ عَلَيْهِ اسْمُ اللَّهِ مِنْ نَفْسِهِ فِسْقًا، "نهر".

(١) في "و": ((التسمية)).

(٢) المَقُولَةُ [٢٦٢٩٦] قوله: ((أو سُنَّةٌ مشهورةٌ)).

(٣) "النهر": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره [٤٣٥/أ].

(٤) انظر الرسالة السادسة والعشرون: في متروك التسمية عمداً ص ٢١٢ - وما بعدها (ضمن "رسائل ابن نجيم").

(٥) "تبيين الحقائق": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ١٨٩/٤.

(٦) "التلويح": الركن الرابع: القياس - العوارض المكتسبة إمّا في نفسه وإمّا في غيره ١٨٣/٢.

(٧) "الفتح": كتاب أدب القاضي - باب كتاب القاضي إلى القاضي - فصل آخر ٣٩٣/٦ - ٣٩٤.

وظاهر كلامهم يُعطي أنَّ آية التسمية على الذبيحة لا تقبل التأويل، بل هي نصٌ في المدعى، وفيه نظرٌ يظهر ممَّا مرَّ، "نهر" ^(١)، أي: ما مرَّ ^(٢) من احتمالٍ أوجِه الإعراب، على أنه إذا كان المراد من النصِّ ظنيُّ الدلالة كما مرَّ ففي عدم نفاذ الحكم بمعارضه نظرٌ ظاهرٌ كما قاله العلامة "ابن أمير حاج" في "شرح التحرير" ^(٣)، ثم قال: ((والذي يظهر: أنَّ القضاء بحلٍّ متروك التسمية عمداً وبشاهدٍ وعينٍ ينفذ من غير توقُّفٍ على إمضاء قاضٍ آخر، وبِيع أمهات الأولاد لا ينفذ ما لم يُمضيه قاضٍ آخر)) اهـ.

قلت: لكن قد علّمت أنَّ عدم النفاذ في متروك التسمية مبنيٌّ على أنه لم يختلف فيه السلف، وأنه لا اعتبار بوجود الخلاف بعدهم، وحينئذٍ فلا يفيد احتمال الآية أوجهاً من الإعراب، نعم على ما يأتي ^(٤) من تصحيح اعتبار اختلاف من بعدهم يقوِّى هذا البحث، ويؤيِّده ما في "الخلاصة" ^(٥): ((من أنَّ القضاء بحلٍّ متروك التسمية عمداً جائزٌ عندهما لا عند "أبي يوسف")، وكذا ما في "الفتح" ^(٦) عن "المنتقى" ^(٧): ((من أنَّ العبرة في كون محلٍّ مُحْتَمَداً فيه اشتباه الدليل لا حقيقة الخلاف)). قال في "الفتح" ^(٨): ((ولا يخفى أنَّ كلَّ خلافٍ بيننا وبين "الشافعي" أو غيره محلٌّ اشتباه الدليل، فلا يجوز نقضه بلا توقُّفٍ على كونه بين الصَّدْرِ الأوَّلِ))، والذي حَقَّقَهُ في "البحر" ^(٩): ((أنَّ "صاحب الهداية" أشار إلى القولين،

(١) "النهر": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ق ٤٣٥/أ بتصرف.

(٢) في المقالة السابقة.

(٣) "التقرير والتجيب": المقالة الثالثة في الاجتهاد وما يتبعه إلخ - مسألة: الجبائي ويُنسب إلى المعتزلة: لا حُكْم في المسألة الاجتهادية إلخ ٣/٣٢٤.

(٤) المقالة [٢٦٣١٨] قوله: ((الأصحُّ: نعم)).

(٥) "الخلاصة": كتاب القضاء - الفصل الرابع فيما يتعلق بقضاء القاضي وفي قضاء القاضي بعلمه إلخ ق ٢٠١/أ.

(٦) "الفتح": كتاب أدب القاضي - باب كتاب القاضي إلى القاضي - فصل آخر ٦/٣٩٤.

(٧) في "الأصل": ((المتبني))، وفي "٣": ((المنتقى))، وما أثبتناه من "ب" و"م" هو الموافق لعبارة "الفتح".

(٨) "الفتح": كتاب أدب القاضي - باب كتاب القاضي إلى القاضي - فصل آخر ٦/٣٩٥ باختصار.

(٩) "البحر": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٧/١٢ - ١٣.

كَتَحْلِيلِ بِلَا وَطءٍ؛ لِمُخَالَفَتِهِ حَدِيثَ الْعُسَيْلَةِ الْمَشْهُورِ *

فإنه ذَكَرَ أَوَّلًا^(١) عبارة "الْقُدُورِي"^(٢) - وهي: وَإِذَا رُفِعَ إِلَيْهِ حُكْمُ حَاكِمٍ أَمْضَاهُ إِلَّا أَنْ يُخَالِفَ الْكِتَابَ أَوْ السُّنَّةَ أَوْ الْإِجْمَاعَ - وَذَكَرَ ثَانِيًا^(٣) عبارة "الْجَامِعُ الصَّغِيرُ"^(٤)، وهي: وَمَا اخْتَلَفَ فِيهِ الْفُقَهَاءُ فَقَضَى بِهِ الْقَاضِي، ثُمَّ جَاءَ قَاضٍ آخَرُ يَرَى غَيْرَ ذَلِكَ أَمْضَاهُ. فَمَا ذَكَرَهُ أَصْحَابُ الْفُتَوَى مِنَ الْمَسَائِلِ الْآتِيَةِ الَّتِي لَا يَنْفَذُ فِيهَا قَضَاءُ الْقَاضِي مَبْنِيٌّ عَلَى عِبَارَةِ "الْقُدُورِي"، لَا عَلَى مَا فِي "الْجَامِع"، وَمَنْ قَالَ: لَا اعْتِبَارَ بِخِلَافِ "مَالِكٍ" وَ"الشَّافِعِيِّ" اعْتَمَدَ قَوْلَ "الْقُدُورِي"، وَمَنْ قَالَ بِاعْتِبَارِهِ اعْتَمَدَ مَا فِي "الْجَامِع". وَفِي "الْوَقَاعَاتِ الْحُسَامِيَّةِ" عَنِ الْفَقِيهِ "أَبِي اللَّيْث"^(٥): وَه- أَيْ: بِمَا فِي "الْجَامِع" - نَأْخُذُ، لَكِنْ فِي "شرح أدب القضاء"^(٦): أَنَّ الْفُتَوَى عَلَى مَا فِي "الْقُدُورِي" ((أَهْ مُلْخَصًّا.

فَقَدْ ظَهَرَ أَنَّهُمَا قَوْلَانِ مُصَحَّحَانِ، وَالتَّوْتُ عَلَى مَا فِي "الْقُدُورِي"، وَالْأَوَّجَهُ مَا فِي "الْجَامِع"، وَلِذَا رَجَّحَهُ فِي "الْفَتْح" كَمَا يَأْتِي^(٧) أَيْضًا.

(٢٦٢٩٧) (قَوْلُهُ: كَتَحْلِيلِ بِلَا وَطءٍ) أَيْ: تَحْلِيلِ الْمُطَلَّقَةِ الثَّلَاثِ بِمُحَرِّدٍ عَقْدٍ الْمُحْلَلِ بِلَا دُخُولٍ عَمَلًا بِقَوْلِ "سَعِيدٍ"^(٨)، "بَحْر"^(٩).

(١) "الهداية": كتاب أدب القاضي - باب كتاب القاضي إلى القاضي - فصل آخر ١٠٧/٣.

(٢) انظر "اللباب في شرح الكتاب": كتاب أدب القاضي ٨٧/٤ - ٨٨.

(٣) "الهداية": كتاب أدب القاضي - باب كتاب القاضي إلى القاضي - فصل: ويجوز قضاء المرأة في كل شيء إلا في

الحدود والقصاص ١٠٧/٣.

(٤) "الجامع الصغير": كتاب القضاء - باب من القضاء ص ٣٩٩.

(٥) لم نعر على النقل في كتب أبي الليث السمرقندي التي بين أيدينا.

(٦) "شرح أدب القاضي" للصدر الشهيد: الباب الحادي والأربعون في القاضي ترفع إليه قضية قاض مما ينفذها ١١٩/٣.

(٧) المقولة [٢٦٣٠١] قوله: ((وَمِنْ ذَلِكَ مَا لَوْ قَضَى بِشَاهِدٍ وَبَعَيْنٍ)).

(٨) تقدم تخريجه ٨٣٦/١٣.

(٩) "البحر": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ١٤/٧.

* روى سفيان ويونس وشعيب ومعر وعقيل وابن أبي ذئب وزمعة وابن جريح والوليد بن عماد الموقري وأيوب بن موسى، كلهم عن الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله عنها قالت: ((جاءت امرأة رفاعة القرظي إلى النبي ﷺ وأنا جالسة عنده أبو بكر، فقالت: يا رسول الله! إني كنت عند رفاعة فطقتني فبنت طلاقتي، فتروجت عبد الرحمن بن الزبير، وإنه ما معه مثل هذبة الثوب، وأخذت بهذبة جلبابها، فبسم رسول الله ﷺ ضاحكًا، فقال: أتريدن أن ترجعي إلى رفاعة؟! لا حتى تنوقي =

عُسَيْلَةُ وَبَنُو قُ عُسَيْلَتِكُ، قالت: وأبو بكرٍ عنده، وخالدُ بن سَعِيدٍ بالباب ينتظرُ أَنْ يُؤَدَّنَ لَهُ، فنادى يا أبا بكرٍ! أَلَا تَسْمَعُ هذه ما يَجْهَرُ به عند رسول الله ﷺ)). زادُ شُعَيْبٌ: فصارت سُنَّةٌ بعده. وألفاظُهُمْ مُتَّحِدَةٌ.

أُخرجَه البخاريُّ (٢٦٣٩) في الشَّهادَات - باب شهادة المُحتَبِ، و(٥٢٦٠) في الطَّلَاق - باب مَنْ حَوَّزَ الطَّلَاق الثَّلَاثَ، و(٥٧٩٢) في النَّبَاس - باب الإِزار المُهْدَبُ، و(٦٠٨٤) في الأدب - باب التَّيْسُومُ وَالضَّحْكَ، ومُسْلِمٌ (١٤٣٣) في النِّكَاح - باب لَا تَحِلُّ الْمُطَلَّقةُ ثَلَاثًا مُطَلَّقَهَا حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ، وَالتِّرْمِذِيُّ (١١١٨) في النِّكَاح - باب فِيمَنْ يُطَلِّقُ امْرَأَتَهُ ثَلَاثًا فَيَتَرَوَّجُهَا آخَرُ، وقال: حديثٌ حسنٌ صحيحٌ، والنَّسَائِيُّ في "المَحْصِي" ١٤٦/٦ و ١٤٧ و ١٤٨، و"الكبرى" (٥٦٠١) و(٥٦٠٢) و(٥٦٠٤) في الطَّلَاق - باب الطَّلَاق لِلتِّي تَنْكِحُ زَوْجًا، وباب طلاق التَّيَّةِ، وباب إِحْلَالِ الْمُطَلَّقةِ ثَلَاثًا، وابنُ ماجَه (١٩٣٢) في النِّكَاح - باب الرَّجُلُ يُطَلِّقُ امْرَأَتَهُ ثَلَاثًا فَتَرَوَّجُ فَيُطَلِّقُهَا قَبْلَ أَنْ يَدْخُلَ بِهَا، وَالشَّافِعِيُّ كما في "مسنده" ٣٤/٢ - ٣٥، وسَعِيدُ بن منصورٍ في "السنن" (١٩٨٥) دون ذِكْرِ عُرْوَةَ، وَأَمَّادُ ٣٤/٦ و ٣٧ - ٣٨ و ٢٢٦، وإِسْحَاقُ بن راهُوَيْه (٧١٤)، وَعَبْدُ الرَّزَّاقِ في "المُصَنَّف" (١١١٣)، وَالتَّيَالِيسِيُّ (١٤٣٧) و(١٤٧٣)، وابنُ أَبِي شَيْبَةَ في "المُصَنَّف" ٣٧٧/٣، وَالحُمَيْدِيُّ (٢٢٨)، وَالتِّرْمِذِيُّ (٢٢٦٧)، وَأَبُو يَعْلَى (٤٤٢٣)، وَالتَّيْمِيُّ في "تفسيره" [البقرة/٢٣٠]، وابنُ الجارودِ في "المتقى" (٦٨٣)، وَأَبُو عَوَانَةَ في "مسنده" (٤٣١٨ - ٤٣٢٤)، وَالتَّيْمِيُّ في "الأوسط" (٨٦٤٠)، و"مسند الشَّامِيِّين" (٣٠٨٦)، وابنُ عَدِيٍّ في "الكامل" ٧٣/٧ مُتَّصِلًا بِقِصَّةِ طَلَّاقِ ابْنِ عَمَرَ، وَأَبُو نَعِيمٍ في "الستخرج" (٣٤٥١ - ٣٤٥٣)، وَتَمَامٌ في "قواتده" كما في "الرَّضَ البِشَام" (٨٠٥)، وَاليهقيُّ في "الكبرى" ٣٧٣/٧ و ٣٧٤، وفي "معرفة السنن والآثار" (١٤٩٠٨)، وابنُ عبد البرِّ في "التَّهْدِيد" ٢٢٣/١٣.

وزاد الحُمَيْدِيُّ: قِيلَ لِسَفِيَّانَ: فَإِنَّ مَالَكًا لَا يَرَوِيهِ عَنِ الزُّهْرِيِّ، إِنَّمَا يَرَوِيهِ عَنِ الْمِسْوَرِ بْنِ رِفَاعَةَ؟ فَقَالَ سَفِيَّانُ: لَكِنَّا قَدْ سَمِعْنَاهُ مِنَ الزُّهْرِيِّ كَمَا قَصَصْنَاهُ عَلَيْكُمْ.

زاد المُوقَّرِيُّ عَنِ الزُّهْرِيِّ: وَقَالَ اللَّهُ فِي كِتَابِهِ: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لَعَدَتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعَدَّةَ﴾، فَلَمْ يَكُنِ النَّاسُ يَرَوْنَ الطَّلَاقَ لِلْعَدَّةِ حَتَّى سَنَّ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فِي طَلَّاقِ طَلَّقَهُ ابْنُ عَمَرَ امْرَأَتَهُ، وَأَخْبَرَ ذَلِكَ عَمَرَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَنَقِطَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَلَى ابْنِ عَمَرَ ... الْحَدِيثُ. ذَكَرَهُ ابْنُ عَدِيٍّ، ثُمَّ قَالَ: وَهَذَا عَنِ الزُّهْرِيِّ لَا يَرَوِيهِ غَيْرُ (الْوَلِيدِ بْنِ مُحَمَّدٍ الْمُوقَّرِيِّ عَنْهُ، وَكَانَتْ عَائِشَةُ حَكَّتْ طَلَّاقَ ابْنِ عَمَرَ عَنْ عَمَرَ، فَصَارَ الْحَدِيثُ عَنْ عَائِشَةَ عَنْ ابْنِ عَمَرَ، وَهَذَا لَا يَرَوِيهِ عَلَى هَذَا النَّسَبِ غَيْرُ الْمُوقَّرِيِّ عَنِ الزُّهْرِيِّ، ثُمَّ قَالَ: وَلِلْمُوقَّرِيِّ غَيْرُ مَا ذَكَرْتُ، وَكُلُّ أَحَادِيثِهِ غَيْرُ مُحْفَظَةٍ.

ورواه يحيى بن سَعِيدٍ وَأَبُو أَسَامَةَ وَعَبْدَةُ وَأَبُو معاويةَ وَابْنُ المَبَارَكِ وَعَلِيُّ بن مُسَهَّرٍ وَزَائِدَةُ وَابْنُ فَضِيلٍ وَعَبْدُ العَزِيزِ بن مُحَمَّدٍ وَمُحَاضِرُ بن المَوْرَعِ، كُلُّهُمْ عَنْ هِشَامِ بن عُرْوَةَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ عَائِشَةَ ((طَلَّقَ رَجُلٌ امْرَأَتَهُ، فَتَرَوَّجَتْ زَوْجًا غَيْرَهُ فَطَلَّقَهَا، وَكَانَ مَعَهُ مِثْلُ الْهَدْبَةِ، فَلَمْ تَصِلْ مِنْهُ إِلَى شَيْءٍ تُرِيدُهُ، فَلَمْ يَلِثْ أَنْ طَلَّقَهَا، فَآتَتْ النَّبِيَّ ﷺ، فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ زَوْجِي طَلَّقَنِي، وَإِنِّي تَرَوَّجْتُ زَوْجًا غَيْرَهُ، فَدَخَلَ بِي، وَلَمْ يَكُنْ مَعَهُ إِلَّا مِثْلُ الْهَدْبَةِ، فَهَمْ يَقْرَبُنِي إِلَّا هَذِهِ وَاحِدَةٌ لَمْ يَصِلْ مِنِّي إِلَى شَيْءٍ، فَأَجَلْ لِرُوحِي الْأَوَّلِ؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: لَا تَحْلِينَ لِرُوحِكَ الْأَوَّلِ حَتَّى يَلُوقَ الْآخَرَ عُسَيْلَتُكَ وَتَلُوقِي عُسَيْلَتَهُ)).

- أخرجه البخاري (٥٢٦٥) في الطلاق - باب مَنْ قال لامرأته: أَنْتِ عَلَيَّ حَرَامٌ، و(٥٣١٧) في الطلاق - باب إِذَا طَلَّقَهَا ثَلَاثًا ثُمَّ تَزَوَّجَتْ، ومسلم (١٤٣٣)، وأحمد ١٩٣/٦ و٢٢٩، وابنُ راهُوَيْه (٧١٨) و(٧١٩)، والدارِمِيُّ (٢٢٦٨)، والطَّبْرِيُّ في "تفسيره" [البقرة/٢٣٠]، وأبو عَوَانَةَ في "مسنده" (٤٣٢٥) و(٤٣٢٦) و(٤٣٢٧) و(٤٣٢٨)، والطَّبْرَانِيُّ في "الأوسط" (٧٤٦٩)، وأبو نُعَيْمٍ في "المستخرج" (٣٤٥٤)، والبيهقي في "الكبرى" ٣٧٤/٧، وابنُ عبد البرِّ في "المُتَمَهِّد" ٢٢٢/١٣.

وقال الطَّبْرَانِيُّ: لَمْ يَرَوْهُ هَذَا الْحَدِيثَ عَنْ مُحَمَّدَ بْنِ إِسْحَاقَ إِلَّا سَلَمَةُ بْنُ الْفَضْلِ، وَلَفْظُهُ: ((وَاللَّهِ يَا تَمِيمَةُ لَا تَرْجِعِينَ إِلَى عَبْدِ الرَّحْمَنِ حَتَّى يَذُوقَ عُسَيْلَتَكَ رَجُلٌ غَيْرُهُ)).
وأوردَه الحافظُ ابْنُ حَجَرٍ في "الفتح" مُرْسَلًا عَنْ عُرْوَةَ، وَنَسَبَهُ إِلَى ابْنِ إِسْحَاقَ فِي "المغازي"، ثُمَّ قَالَ: وَهُوَ مَعَ إِرْسَالِهِ مَقْلُوبٌ، وَالْمَحْفُوظُ مَا اتَّفَقَ عَلَيْهِ الْجَمَاعَةُ عَنْ هِشَامٍ.
ورواه حَمَّادُ بْنُ سَلَمَةَ عَنْ هِشَامٍ بْنِ عُرْوَةَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ عَائِشَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ لِلنَّمِيسَاءِ: ((لَا، حَتَّى يَذُوقَ عُسَيْلَتَكَ وَتَذُوقِي عُسَيْلَتَهُ)).

أخرجه الطَّبْرَانِيُّ في "الكبير" ٨٦٩/٢٤. وَتَصَحَّفَ عَائِشَةُ إِلَى هِشَامٍ.
ورواه عُبَيْدُ اللَّهِ بْنُ عَمْرٍو وَيَحْيَى بْنُ سَعِيدٍ عَنِ الْقَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ عَائِشَةَ قَالَتْ: طَلَّقَ رَجُلٌ امْرَأَتَهُ ثَلَاثًا، فَتَزَوَّجَهَا رَجُلٌ، ثُمَّ طَلَّقَهَا قَبْلَ أَنْ يَدْخُلَ بِهَا، فَأَرَادَ زَوْجُهَا الْأَوَّلُ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا، فَسَلَّ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ ذَلِكَ، فَقَالَ: ((لَا، حَتَّى يَذُوقَ الْآخَرَ عُسَيْلَتَهَا مَا ذَاقَ الْأَوَّلُ)).

أخرجه مالكٌ في "الموطأ" ٥٣١/٢، والبخاري (٥٢٦١) في الطلاق - باب مَنْ حَوَّزَ الطَّلَاقَ الثَّلَاثَ، ومسلم (١٤٣٣)، والنسائي في "المجتبى" ١٤٨/٦، و"الكبرى" (٥٦٠٥) في الطلاق - باب إِحْلَالُ الْمُطَلَّقةِ ثَلَاثًا، وأحمد ١٩٣/٦، وإسحاق بن راهُوَيْه (٧١٥) و(٧١٧)، وابنُ أَبِي شَيْبَةَ ٣٧٨/٣، والطَّبْرِيُّ في "تفسيره" [البقرة/٢٣٠]، وأبو يَعْلَى (٤٩٦٤) و(٤٩٦٥)، وابنُ حَبَّانٍ في "صحيحه" كما في "الإحسان" (٤١١٩) و(٤١٢٠)، وأبو عَوَانَةَ في "مسنده" (٤٣٢٩ - ٤٣٣٢)، وأبو نُعَيْمٍ في "المستخرج" (٣٤٥٥)، و"تاريخ أصبهان" ١٧٣/١، والبيهقي في "الكبرى" ٣٢٩/٧ و٣٣٤ و٣٧٤، وفي "معرفة السنن والآثار" (١٤٦٩٢)، والخطيب في "تاريخ بغداد" ٥/٥٠ - ٦.
ورواه أبو معاوية عن الأعمش عن إبراهيم عن الأسود عن عائشة قالت: ((سَلَّ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ رَجُلٍ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ. بِعَنِي: ثَلَاثًا - فَتَزَوَّجَتْ زَوْجًا غَيْرَهُ، فَدَخَلَ بِهَا، ثُمَّ طَلَّقَهَا قَبْلَ أَنْ يَوَاقِعَهَا، أَتَجِلُّ لِلأَوَّلِ؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: ((لَا، حَتَّى يَذُوقَ الْآخَرَ عُسَيْلَتَهَا وَتَذُوقِي عُسَيْلَتَهُ)). قَالَ أَحْمَدُ: وَلَمْ يَرْفَعْهُ يَحْيَى.

أخرجه أحمد ٤٢/٦، وإسحاق بن راهُوَيْه (١٥٣٨)، وابنُ أَبِي شَيْبَةَ في "المصنّف" ٣٧٧/٣، وأبو داود (٢٣٠٩) في الطلاق - باب فِي الْمَبُتَةِ لَا يَرْجِعُ إِلَيْهَا زَوْجُهَا حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ، والنسائي في "المجتبى" ١٤٦/٦، و"الكبرى" (٥٦٠٠) في الطلاق - باب الطلاق للتي تَنْكِحُ زَوْجًا ثُمَّ لَا يَدْخُلُ بِهَا، والطَّبْرِيُّ في "تفسيره" [البقرة/٢٣٠]، وابنُ حَبَّانٍ كما في "الإحسان" (٤١٢٢)، وابنُ عبد البرِّ في "المُتَمَهِّد" ٢٣٠/١٣ - ٢٣١.

ورواه هُشَيْمٌ أَخْبَرَنَا عَنْ غَيْرِهِ عَنْ إِبْرَاهِيمَ عَنْ عَائِشَةَ أَنَّهَا قَالَتْ: ((حَتَّى تَذُوقَ عُسَيْلَتَهَا وَتَذُوقِي عُسَيْلَتَهُ)).

أخرجه سَعِيدُ بْنُ مَنْصُورٍ في "السنن" (١٩٨٨).

- ورواه بشر بن ثابت حدثنا شعبة عن يحيى بن أبي إسحاق عن أبيه عن سليمان بن يسار عن عائشة رضي الله عنها أنَّ رجلاً طلق امرأته ثلاثاً، فترجّعها رجلاً، فطلقها قبل أن يدخل بها، فأراد الأول أن يتزوجها، فقال النبي ﷺ: ((لا، حتى تدوقي عسليتها)).

أخرجه ابن عبد البرّ في "المتهيد" ٢٢٤/١٣.

وخالفه زكريّا بن إسحاق عن هشيم فرواه عن يحيى بن أبي إسحاق عن سليمان بن يسار عن عبيد الله والفضل بن عباس أنَّ الغُميصاء أو الرُميصاء جاءت تشكو زوجها إلى رسول الله ﷺ قالت: إنه لا يصِلُ إليها، فقال: كذبت ب رسول الله! ولكنها تريد أن ترجع إلى زوجها الأول، قال: فقال رسول الله ﷺ: ((لا تجلّ له حتى يذوق عسليتها)).

أخرجه أبو يعنى (٦٦٨٧).

ورواه يعقوب بن إبراهيم ويعقوب بن ماهان عن هشيم أخبرنا يحيى بن أبي إسحاق عن سليمان بن يسار عن عبيد الله عن ابن عباس به. أخرجه الطبري في "تفسيره" [البقرة/٢٣٠].

ورواه سعيد بن منصور وعلي بن حجر عن هشيم أخبرني يحيى بن أبي إسحاق الحضرمي عن سليمان بن يسار عن عبد الله بن عباس ((أن الرُميصاء أو الرُميصاء...)). أخرجه النسائي في "المجتبى" ١٤٨/٦، و"الكبرى" (٥٦٠٦)، وسعيد بن منصور في "السنن" (١٩٨٤).

ورواه عبد الرزاق (١١٣٣) و(١١٣٤) عن ابن جريج قال: أخبرني عطاء الخراساني عن ابن عباس بمثل حديث الزهري، وزاد: فقَدَّتْ ثم جاءت به بعد، فأخبرته أنه قد مسّها، فمَنَعَهَا أن ترجع إلى زوجها الأول، ثم قال: اللهم إن كان إنا [تزوج] بها ليُجلّها رفاعة، فلا يَمِّمْ له نكاحه مرة أخرى، ثم أتت أبا بكر وعمر في خلافتهما فمَنَعَاهَا.

ورواه مسلم بن إبراهيم عن عبد العزيز بن المختار حدثنا عبد الله بن الدناج عن أبي رافع عن أبي هريرة قال: حدثني أم المؤمنين - ولا أراها إلا عائشة - عن النبي ﷺ قال: ((لا تجلّ للأول حتى يذوق الآخر عسليتها)).

أخرجه ابن عبد البرّ في "المتهيد" ٢٣١/١٣ - ٢٣٢، وأبو نعيم في "الحلية" ٤١/٩، وقال: عن عبد الله بن فيروز بدّل ابن الدناج.

ورواه مروان بن معاوية الفزاري عن أبي عبد الملك المكي عن عبد الله بن أبي مئكة عن عائشة أنَّ النبي ﷺ قال: ((العسيلة: الجماع)). وفي رواية: ((إنما عنى بالعسيلة النكاح)).

أخرجه أحمد ٦٢/٦، والبخاري في "التاريخ الكبير" ٤٩٤/٣، وأبو يعلى (٤٨١٣) و(٤٨٨١)، وابن عدي في "الكامل" ٣٨٩/٣ مطوّلًا، والدارقطني في "السنن" ٢٥٢/٣، وأبو نعيم في "الحلية" ٢٢٦/٩. وقال البخاري: لا يُتابع عليه. وقال الذهبي: غريب. وأبو عبد الملك المكي: سعيد بن عبد الرحمن أبو راشد أبو شبة الزبيدي، وكان مروان الفزاري يُدلس اسمه على أسماء مُعلدّو مما أدى إلى الاختلاف فيه.

قال ابن عدي: يُحدث عن عطاء وابن أبي مئكة وغيرهما مما لا يُتابع عليه، ولا أعلم يروي عنه غير مروان الفزاري، وإذا روى عنه رجل واحد كان شبه المجهول.

ورواه عبد الوهاب عن أيوب عن عكرمة أنَّ رفاعة طلق امرأته، فترجّعها عبد الرحمن بن الزبير القرظي. قالت عائشة: وعليها حمار أخضر، فشكّت إليها وأرّتها خضرةً مجلّدها، فلما جاء رسول الله ﷺ - والنساء ينصرون بعضهن -

= بعضاً - قالت عائشة: ما رأيت مثلاً ما يلقي المؤمنات! لجلدنها أشد حُضرةً من ثوبها!! قال: وسمع أنها أتت رسول الله ﷺ فجاءه ومعه ابنان له من غيرها، قالت: والله ما لي إليه ذنب إلا أن ما معه ليس بأعني عني من هذه، وأخذت هذبةً من ثوبها، فقال: كذبت والله يا رسول الله! إني لأنفضها نفث الأديم، ولكنها ناشز قريب رفاعه، فقال رسول الله ﷺ: ((فإن كان ذلك لم تجلي له، أو لم تصلحي له حتى يذوق عسيلاتك))، قال: وأبصر معه ابنين له، فقال: بنوك هؤلاء؟ قال: نعم، قال: ((هذا الذي تزعمين ما تزعمين؟ فوالله لهم أشبه به من الغراب بالغراب)).

أخرجه البخاري (٥٨٢٥) في اللباس - باب الثياب الحضرة.

ورواه عبد العزيز بن الحُصَيْن عن أُيُوب عن عكرمة عن عائشة قالت: جاءت امرأة رفاعه إلى النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله إني كنت عند رفاعه، وإنه طلقني فأبت طلاقه، فنكحت بعده عبد الرحمن بن الزبير، فوالله ما معه إلا مثل الهذبة، فقال رسول الله ﷺ: ((لعلك تريدن أن ترجعي إلى رفاعه؟)) قالت: نعم، قال: ((لا، حتى تنوقي من عسيلته ويذوق من عسيلاتك)).

أخرجه ابن عدي في "الكامل" ٢٨٦/٥. وقال: وهذا من حديث أُيُوب غريب، لا أعلم يرويه عن أُيُوب غير عبد العزيز هذا. وعبد العزيز: قال يحيى: ضعيف الحديث، قال البخاري: ليس بالقوي. ورواه حماد بن سلمة وزائدة بن قدامة عن علي بن زيد عن أم محمد عن عائشة به.

أخرجه أحمد ٩٦/٦، والطائسي (١٥٦٠)، والطبري في "تفسيره" (البقرة/٢٣٠)، والدارقطني ٣٢/٤ - ٣٣. وأم محمد: تفرّد بالرؤية عنها علي بن زيد، وهي امرأة أبيه، وقيل: عمته، وهي أمية، ويقال: أمية بنت عبد الله، بمجهولة. وروى الشافعي ويحيى بن بكير وأحمد بن أبي بكر وغيرهم عن مالك عن المسور بن رفاعه القرظي عن الزبير بن عبد الرحمن بن الزبير أن رفاعه بن سموان طلق امرأته عيمة بنت وهب في عهد رسول الله ﷺ ثلاثاً، فنكحها عبد الرحمن بن الزبير، فلم يستطع أن ينسأها، ففارقها، فأراد رفاعه أن ينكحها - وهو زوجها الأول الذي كان طلقها - فذكر لرسول الله ﷺ، فنهاه أن يتزوجها، وقال: ((لا تجل لك حتى تنوق العسيلة)).

أخرجه مالك في "الموطأ" ٥٣١/٢ في النكاح - باب نكاح المحلل - وعنه الشافعي في "الأم" ٢٤٨/٥، وابن حبان كما في "الإحسان" (٤١٢١)، والبيهقي في "معركة السنن والأثر" (١٤٩٠٩)، وابن عبد البر في "التمهيد" ٢٢٠/١٣. قال الزبّار: رواه مالك في "الموطأ" عن المسور بن رفاعه عن الزبير بن عبد الرحمن أن عبد الرحمن بن الزبير ولم يوصله، ووصله الحنفى فقال: عن أبيه، ولا نعلم روى عبد الرحمن بن الزبير عن النبي ﷺ.

قال ابن عبد البر: هكذا روى يحيى هذا الحديث عن مالك عن المسور عن الزبير، وهو مُرسَل في روايته، وتابعه على ذلك أكثر الرواة - "الموطأ" - إلا ابن وهب، فإنه قال فيه: عن مالك عن المسور عن الزبير بن عبد الرحمن عن أبيه. فزاد في الإسناد: (عن أبيه) فوصل الحديث، وابن وهب من أجل من روى عن مالك هذا الشأن وأنتهم فيه... فالحديث مُسنَد متصل صحيح... وقد تابع ابن وهب على توصيل هذا الحديث وإسناده إبراهيم بن طهمان وعبيد الله بن عبد المجيد الحنفى، قالوا فيه: عن الزبير بن عبد الرحمن عن أبيه.

فرواه ابن وهب وعبيد الله بن عبد المجيد الحنفى عن مالك عن المسور عن الزبير عن أبيه ((أن رفاعه بن سموان...)). قال الحاكم: لم يحدث عن المسور بن رفاعه إلا مالك ابن أنس، تفرّد عنه بالرواية.

- أخرجه ابن الجارود في "المتقى" (٦٨٢)، وابن أبي عاصم في "الأحاديث والمثاني" (٢٢٥٧)، والرويان في "مسنده" (١٤٦٦)، وابن قانع في "معجم الصحابة" (٦٥٩)، والحاكم في "معرفة علوم الحديث" ١٦٠/١، والبيهقي في "السنن" ٣٧٤/٧، وابن عبد البر في "المتهيد" ٢٢١/١٣، والبرزاري في "كشف الأستار" (١٥٠٤).
قال ابن عبد البر: وقد ذكر سحنون عن ابن وهب وابن القاسم وعلي بن زياد عن مالك عن المسور عن الزبير عن أبيه.

ورواه شيبان عن يحيى بن أبي كثير عن أبي الحارث الغفاري عن أبي هريرة قال رسول الله ﷺ في المرأة يُطْلَقُهَا زوجها ثلاثاً، فتتزوج زوجها غيره، فيُطْلَقُهَا قَبْلَ أَنْ يَدْخُلَ بِهَا، فَيُرِيدُ الْأَوَّلَ أَنْ يُرَاجِعَهَا، قال: ((لا، حتى يذوق عُسَيْلَهَا)).

أخرجه ابن أبي شبة في "المصنف" ٣٧٨/٣، مختصراً، والطبري في "تفسيره" [البقرة/٢٣٠].
روى محمد بن جعفر عن شعبة عن علقمة بن مرثد عن سالم بن رزين الأحمري عن سالم بن عبد الله عن سعيد بن المسيب عن ابن عمر عن النبي ﷺ في الرجل يترك له المرأة يُطْلَقُهَا، ثُمَّ يَتَزَوَّجُهَا رَجُلٌ آخَرُ، فَيُطْلَقُهَا قَبْلَ أَنْ يَدْخُلَ بِهَا، فَتَرْجِعُ إِلَى زَوْجِهَا الْأَوَّلِ، قال: ((لا، حتى تذوق العسيلة)).

أخرجه أحمد في "المسند" ٨٥/٢، وكما في "العلل ومعرفة الرجال" (١٧٥٥)، والنسائي في "المجتبى" ١٤٨/٦ - ١٤٩، وفي "الكبرى" (٥٦٠٧)، وابن ماجه (١٩٣٣)، وابن أبي حاتم في "علل الحديث" ٤٢٨/١، والطبري في "تفسيره" [البقرة/٢٣٠] (٤٩٠٦)، والطبراني في "الكبير" (١٣٠٨٦)، والبيهقي في "الكبرى" ٣٧٥/٧. وتصحف عند النسائي إلى: سالم بن زهير. وفي "الثغفة": سالم بن رزين. وعند ابن ماجه: سلم بن زهير.
قال أحمد كما في "العلل": سليمان بن رزين، والصواب أن شعبة قال: سالم.

وذكر ابن أبي حاتم في "العلل" ٤٢٨/١، والجرح والتعديل ٥٠٧/٣ - ٥٠٩، عن أبيه قال: قد زاد عندي في هذا الإسناد رجلاً لم يذكره الثوري، وليست هذه الزيادة بمحفوظة، وقال أبو زرعة: الثوري أحفظ. وقال النسائي: حديث سفيان أولى بالصواب، وقال الطبراني: وجه شعبة في هذا الحديث في موضعين: قوله: عن سالم بن رزين، وإنما هو سليمان بن رزين، وزاد في الإسناد سعيد بن المسيب، رواه سفيان الثوري وقيس بن الربيع عن علقمة بن مرثد عن سليمان بن رزين الأحمري عن ابن عمر عن النبي ﷺ، وهو الصواب. وكان شعبة يقول: سفيان أحفظ مني.
قال البيهقي: بلغني عن محمد بن إسماعيل البخاري أنه وهن حديث شعبة وسفيان جميعاً.

قال ابن أبي حاتم: واختلف عن الثوري عن علقمة، فروى وكيع عنه مرة عن رزين بن سليمان. ومرة عن سليمان بن رزين عن ابن عمر. ورواه أبو أحمد الزبيري وحسين بن حفص والرويان وعبد بن كثير عن الثوري عن علقمة عن سليمان بن رزين عن ابن عمر.

فرواه وكيع وعبد الرحمن بن مهدي عن الثوري عن علقمة بن مرثد عن رزين بن سليمان الأحمري عن ابن عمر قال: سئل النبي ﷺ عن الرجل يطلق امرأته ثلاثاً فيتزوجها الرجل فيلحق الباب ويرخي الستر، ثم يطلقها قبل أن يدخل بها، قال: لا تجل للأول حتى يجمعها الآخر.

= أخرجه أحمد ٢/٢٥٠، وفي "العلل" (١٧٥٦)، وابن أبي شعبة ٣/٣٧٨، و البخاري في "تاريخ الكبير" ٤/١٣، والنسائي في "المجتبى" ١٤٩/٦، وفي "الكبرى" (٥٦٠٨)، وابن أبي حاتم في "العلل" ١/٤٢٨، والطبري في "جامع البيان" [البقرة/ ٢٣٠] (٤٩٠٧)، والبيهقي في "الكبرى" ٧/٣٧٥. قال البيهقي: رواية وكيع وعبد الرحمن عن سفيان أصح، فقد رواه قيس بن الربيع فقال: حدثنا علقمة بن مرثد عن زرين الأحمري قال: سمعت عبد الله بن عمر يقول: سئل رسول الله ﷺ على المنبر عن رجل طلق امرأته فبانت منه ... فذكره. أخرجه البيهقي في "السنن" ٧/٣٧٥. وروى عبد الرزاق وأبو أحمد الزبيري والمفريائي ومحمد بن كثير وحسين بن حفص ووكيع وابن مهدي في رواية عن سفيان عن علقمة عن سليمان بن زرين.

أخرجه أحمد ٢/٢٥٠، وعبد الرزاق (١١١٣٥)، وأحمد كما في "العلل ومعرفة الرجال" (١٧٥٧)، وابن أبي حاتم في "علل الحديث" ١/٤٢٩، والطبري في "جامع البيان" [البقرة/ ٢٣٠] (٤٩٠٨). وحكى أبو زرعة اختلافاً على الثوري في اسمه، فقليل عنه: هكذا، يعني: سلم بن زرين، وقيل عنه: سليمان بن زرين، قال البخاري: ولا تقوم الحجة بسليمان بن زرين، ولا برزين؛ لأنه لا يدرى سماعه من سالم، ولا من ابن عمر! قال المزي في "تهذيب الكمال" ٩/١٨٨: قاله وكيع عن سفيان الثوري عن علقمة ... وتابعه يحيى بن يعلى المحاربي عن أبيه عن غيلان بن جامع عن علقمة به.

ورواه أبو حمزة عن محمد بن زياد عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: «(الطَّلَةُ ثَلَاثًا لَا تَحِلُّ لِرُوحِهَا الْأَوَّلِ حَتَّى تَنْكِحَ رُوحًا غَيْرَهُ وَتُخَالِطَهَا وَتَذُوقَ مِنْ عُسَيْتِهِ)». أخرجه الطبراني في "الكبير" (١٣٤٢٩).

وروى سعيد بن منصور (١٩٩١) حدثنا أبو شهاب عن يحيى بن سعيد عن نافع عن ابن عمر (في رجل طلق امرأته ثلاثاً فأصاب منها كل شيء غير أنه لم يمسه، فقال ابن عمر: لا، حتى يمسه، فأعاد عليه الحديث، فقال: لا، حتى يمسه، فأعاد عليه الحديث، فقال: لا، حتى يأخذ برجلها)).

ورواه يحيى بن أبي زائدة عن يحيى بن سعيد عن نافع عن ابن عمر نحوه. أخرجه أبو يعلى (٤٩٦٦). ورواه ابن خريج وأنس بن عياض عن موسى بن عتبة عن نافع عن ابن عمر قال: (لو أن رجلاً طلق امرأته ثلاثاً، ثم نكحها رجلاً بعده، ثم طلقها قبل أن يجامعها، ثم نكحها زوجها الأول، فيفعل ذلك وعمر حي، إذن لرحمتها). أخرجه البخاري في "التاريخ الكبير" ٤/١٣، وعبد الرزاق في "المصنف" (١١٣٨). قال البخاري: وهذا أشهر. وروى عفان وثيبة بن سعيد البلخي وهشام بن عبد الملك ومسلم بن إبراهيم وعاصم بن علي ويحيى بن حماد عن محمد بن دينار الطاحي عن يحيى بن يزيد الهنائي عن أنس بن مالك (أن رسول الله ﷺ سئل عن رجل طلق امرأته ثلاثاً، فتزوجت رجلاً، فمات عنها قبل أن يدخل بها، هل يتزوجها الأول؟ قال: لا، حتى يذوق عسيتها)).

أخرجه أحمد ٣/٢٨٤، وأبو يعلى (٤١٩٩) و(٤٢٠٠)، والطبري في "جامع البيان" [البقرة/ ٢٣٠] (٤٩٠٤)، والطبراني في "الأوسط" مختصراً (٢٣٩٣)، وابن عدي في "الكمال" ٦/١٩٨، والبيهقي في "السنن" ٧/٣٧٥ - ٣٧٦، والبراز كما في "كشف الأستار" (١٥٠٥).

وقال الطبراني: لا يروى هذا الحديث عن أنس إلا بهذا الإسناد، تفرد به محمد بن دينار. قال ابن عدي: ولا أعلم يرويه عن يحيى بن يزيد غير محمد بن دينار ... وهو مع هذا كله حسن الحديث، وعامة حديثه ينفرد به.

(أو إجماعاً) كحلّ المتعة؛ لإجماع الصحابة على فسادِهِ^(١)، وكَبَيْعِ أُمِّ وَلَدٍ^(٢) على الأظهر، وقيل: يَنْفَذُ على الأصحّ،.....

[٢٦٢٩٨] (قوله: أو إجماعاً) المرادُ منه ما ليس فيه خلافٌ يَسْتَدِلُّ إلى دليلٍ شرعيٍّ، "بحر"^(٣).

[مطلبٌ في الفرقِ بينَ القضاءِ بِنِكَاحِ المتعةِ والقضاءِ بالنِّكَاحِ المؤقتِ]

[٢٦٢٩٩] (قوله: كحلّ المتعة) أي: كالتقضاء بصحة نكاح المتعة كقوله: متعني بنفسك عشرة أيام، فلا ينفذ، بخلاف القضاء بصحة النكاح المؤقت بأيام، أي: بدون لفظ المتعة، فإنه ينفذ كما في "الفتح"^(٤)، وقدّمنا^(٥) عنه في النكاح ترجيح قول "زفر" بصحة النكاح المؤقت بإلغاء التوقيت، فينقضي مؤبداً.

[٢٦٣٠٠] (قوله: وكبيع أم ولد إلخ) قال شمس الأئمة "السرخسي"^(٦): ((هذه المسألة تبتني على أن الإجماع المتأخر يرفع الخلاف المتقدم عند "محمد"، وعندهما لا يرفع))، يعني: اختلفت الصحابة في جواز بيعها، ثم أجمع المتأخرون على عدمه، فكان القضاء به على خلاف الإجماع

- ورواه محمد بن دينار أيضاً عن سعد بن أوس عن مصدع أبي يحيى عن أنس به. ذكره ابن عدي في "الكامل" ٤٦٨/٦. قال الزّار: رواه شعبة عن يحيى بن يزيد عن أنس موقفاً. فروى غندر عن شعبة عن يحيى بن يزيد الشيباني عن أنس قال: ((لا تجلّ للأول حتى يُجامعها الآخر ويدخل بها)). أخرجه ابن أبي شيبة ٣٧٨/٣.

وروى آدم بن أبي إياس العسقلاني عن شيبان عن يحيى بن أبي كثير عن أبي الحارث عن أبي هريرة قال: رسول الله ﷺ في المرأة يطلقها زوجها ثلاثاً، فتزوج زوجها غيره، فيطلقها قبل أن يدخل بها، فيرد الأول أن يُراجعها، قال: ((لا، حتى يذوق عسلتها)).

أخرجه الطبري في "جامع البيان" (٤٩٠٣). ورواه الحسن بن موسى الأشيب وسعد بن حفص الطلحي عن شيبان مختصراً. أخرجه ابن أبي شيبة ٣٧٨/٣، والطبري (٤٩٠٢). وانظر المقالة [٢٢١٢٢] ٢٢٦/١٣.

(١) تقدّم نثره ٨٢٧/١٣.

(٢) في "و": ((الولد)) وانظر التخريج المتقدم ١٧٩/١١.

(٣) "البحر": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ١١/٢.

(٤) "الفتح": كتاب أدب القاضي - باب كتاب القاضي إلى القاضي - فصل آخر ٣٩٥/٦. بتصرف.

(٥) المقالة [١١٤٣٦] قوله: ((وبطل نكاح متعة ومؤقت)).

(٦) "المبسوط": كتاب البيوع - باب البيوع الفاسدة ٥/١٣. بتصرف.

(و) مِنْ ذَلِكَ مَا (لَوْ قُضِيَ بِشَاهِدٍ وَبَعَيْنٍ) الْمُدَّعَى؛ لِمُخَالَفَتِهِ لِلْحَدِيثِ الْمَشْهُورِ: ((الْبَيِّنَةُ عَلَى مَنْ ادَّعَى، وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ))،.....

عند "محمد"، فَيُطْلَعُ الْقَاضِي الثَّانِي، وَعِنْدَهُمَا لَمَّا لَمْ يَرْفَعْ خِلَافَ الصَّحَابَةِ وَقَعَ فِي مَحَلِّ اجْتِهَادٍ فَلَا يَنْقُضُهُ الثَّانِي، لَكِنْ قَالَ الْقَاضِي "أَبُو زَيْدٍ" فِي "التَّقْوِيم" ^(١): ((إِنَّ "مُحَمَّدًا" رَوَى عَنْهُمْ جَمِيعًا أَنَّ الْقَضَاءَ يَبِيعُهَا لَا يَجُوزُ))، "فتح" ^(٢). وَذَكَرَ فِي "التَّحْرِيرِ" ^(٣): ((أَنَّ الْأَظْهَرَ مِنَ الرُّوَايَاتِ أَنَّهُ لَا يَنْفُذُ عِنْدَهُمْ جَمِيعًا))، لَكِنْ ذَكَرَ أَيْضًا ^(٤) عَنْ "الْجَامِع" ^(٥): ((أَنَّهُ يَتَوَقَّفُ عَلَى قَضَاءِ قَاضٍ آخَرَ؛ لِأَنَّ الْإِجْمَاعَ الْمَسْبُوقَ بِخِلَافٍ مُخْتَلَفٍ فِي كَوْنِهِ إِجْمَاعًا، فَفِيهِ شُبُهَةٌ كَخَبَرِ الْوَاحِدِ، فَكَذَا فِي مُتَعَلِّقِهِ، [٢/١٦٦] وَهُوَ ذَلِكَ الْحُكْمُ الْمُجْمَعُ عَلَيْهِ))، وَقَدَّمْنَا ^(٦) تَمَامَ الْكَلَامِ عَلَى ذَلِكَ فِي بَابِ الْاسْتِيلَادِ.

١/٢٦٣.١ (قوله: وَمِنْ ذَلِكَ مَا لَوْ قُضِيَ بِشَاهِدٍ وَبَعَيْنٍ مُقْتَضَاهُ: أَنَّهُ لَا يَنْفُذُ، وَإِذَا رُفِعَ إِلَى قَاضٍ آخَرَ أَبْطَلَهُ، مَعَ أَنَّهُ قَالَ فِي "الْفَتْحِ" ^(١): ((فَلَوْ قُضِيَ بِشَاهِدٍ وَبَعَيْنٍ لَا يَنْفُذُ، وَيَتَوَقَّفُ عَلَى إِمضَاءِ قَاضٍ آخَرَ، ذِكْرُهُ فِي أَقْضِيَةِ "الْجَامِع" ^(٢)، وَفِي بَعْضِ الْمَوَاضِعِ: يَنْفُذُ مُطَقَّأً)) اهـ. وَفِي "ط" ^(٣) عَنْ "الْهِنْدِيَّةِ" ^(٤): ((ذَكَرَ فِي كِتَابِ الْإِسْتِحْسَانِ أَنَّهُ يَنْفُذُ عَلَى قَوْلِ "الْإِمَامِ" لَا عَلَى قَوْلِ "الثَّانِي")) اهـ. ١/٢٦٣.٢ (قوله: لِمُخَالَفَتِهِ (إِلَخ) الْأَوَّلَى ذِكْرُهُ عَقِبَ الْمَسْأَلَةِ الثَّانِيَةِ لِيَكُونَ عِلَّةً لِلْمَسْأَلَتَيْنِ. ١/٢٦٣.٣ (قوله: الْبَيِّنَةُ عَلَى مَنْ ادَّعَى) كَذَا فِي "الْبَحْرِ" ^(١)، وَفِي "الْفَتْحِ" ^(٢): ((عَلَى الْمُدَّعَى)).

(١) "تقويم الأدلة": القول في أقسام الإجماع ص ٣٢.

(٢) "الفتح": كتاب أدب القاضي - باب كتاب القاضي إلى القاضي - فصل آخر ٣٩٤/٦.

(٣) "التحرير": المقالة الثانية - الباب الرابع في الإجماع ص ٤٠٢ - بتصرف.

(٤) لم نثر عليها في كل من مطبوعة "الجامع الكبير" و"الصغير" اللتين بين أيدينا.

(٥) المقولة [١٧٠١٢] قوله: ((لم ينفذ)).

(٦) "الفتح": كتاب أدب القاضي - باب كتاب القاضي إلى القاضي - فصل آخر ٣٩٣/٦.

(٧) لم نثر عليها في كل من مطبوعة "الجامع الكبير" و"الصغير" اللتين بين أيدينا.

(٨) "ط": كتاب القضاء - فصل في الحبس ١٩٤/٣.

(٩) "الفتاوى الهندية": كتاب أدب القاضي - الباب التاسع عشر في القضاء في المحتجرات ٣٥٩/٣.

(١٠) "البحر": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ١١/٧.

(١١) في "الأصل": ((البحر)) بدل ((الفتح))، وانظر "الفتح": كتاب أدب القاضي - باب كتاب القاضي إلى القاضي -

(أو بَقِصَاصٍ بِتَعْيِينِ الْوَلِيِّ وَاحِدًا مِنْ أَهْلِ الْمَحَلَّةِ،.....)

٢٢٣٠٤٦ (قوله: أو بَقِصَاصٍ إلخ) أي: إذا قَضَى القاضي بِالْقِصَاصِ يَمِينِ الْمُدَّعِي أَنَّ فَلَانًا قَتَلَهُ وَهَنَّاكَ لَوْثٌ مِنْ عَدَاوَةٍ ظَاهِرَةٍ كَمَا هُوَ قَوْلُ "مَالِكٍ" لَا يَنْفَذُ لِإِمْخَالَفَتِهِ السُّنَّةَ المشهورة: ((البَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي، وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ)) *، وَتَمَامُهُ فِي "الْفَتْح" (١).

(١) انظر "الفتح": كتاب أدب القاضي - باب كتاب القاضي إلى القاضي - فصل آخر ٣٩٣/٦. * وروى مُحَمَّدُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ الْغَزَّامِيُّ وَالحَاجَّاجُ بْنُ أَرْطَاهُ وَالمُثَنَّى بْنُ الصَّبَّاحِ عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ جَدِّهِ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ فِي خُطْبَتِهِ: ((البَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي، وَالْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ))، وَفِي رِوَايَةٍ: ((الْمُدَّعَى عَلَيْهِ أَوَّلُ الْيَمِينِ إِلَّا أَنْ تَقُومَ عَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ)). أخرجه التِّرْمِذِيُّ (١٣٤١) كتاب الأحكام - باب البَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي، وَالدَّارَقُطْنِيُّ ١٥٧/٤ وَ٢١٨، وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ فِي "الكبرى" ٢٥٦/١٠، وَأَحْمَدُ بْنُ مَنِيعٍ كَمَا فِي "المطالب العالية" (٢١٨٨). قال التِّرْمِذِيُّ: هَذَا حَدِيثٌ فِي إِسْنَادِهِ مَقَالٌ، وَمُحَمَّدُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ الْغَزَّامِيُّ يَضَعُفُ فِي الْحَدِيثِ مِنْ قَبْلِ حِفْظِهِ، ضَعْفُهُ ابْنُ الْمُبَارَكِ وَغَيْرُهُ.

قال الزُّبَيْدِيُّ ٣٩٠/٤: قَالَ صَاحِبُ "التَّنْقِيحِ": حَاجَّاجُ بْنُ أَرْطَاهُ ضَعِيفٌ، وَلَمْ يَسْمَعْ مِنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ، وَإِنَّمَا أَخَذَهُ مِنَ الْغَزَّامِيِّ عَنْهُ، وَالْغَزَّامِيُّ مَتْرُوكٌ.

وَرَوَاهُ مُسْلِمٌ بْنُ خَالِدٍ الرُّنَجِيُّ وَعَبْدُ الرَّزَّاقُ عَنْ ابْنِ جُرَيْجٍ عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ جَدِّهِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: ((البَيِّنَةُ عَلَى مَنْ ادَّعَى وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ إِلَّا فِي الْقَسَامَةِ)).

أخرجه عَبْدُ الرَّزَّاقُ (١٥١٨٤)، وَابْنُ عَدِيٍّ فِي "الكامل" ٣١٠/٦، وَالدَّارَقُطْنِيُّ فِي "السنن" ١١١/٣ وَ٢١٨/٤، وَابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ فِي "التمهيد" ٢٠٤/٢٣، وَسَقَطَ (ابْنُ جُرَيْجٍ) فِي إِسْنَادِهِ، وَابْنُ عَسَاكِرَ فِي "تاريخ دمشق" ٢٦/٧. قَالَ الْبُخَارِيُّ: ابْنُ جُرَيْجٍ لَمْ يَسْمَعْ مِنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ.

قال الدَّارَقُطْنِيُّ: خَالَفَهُ عَبْدُ الرَّزَّاقُ وَحَاجَّاجُ بْنُ أَرْطَاهُ عَنْ ابْنِ جُرَيْجٍ عَنْ عَمْرِو مُرْسَلًا. وَرَوَاهُ مُسْلِمٌ بْنُ خَالِدٍ الرُّنَجِيُّ أَيْضًا عَنْ ابْنِ جُرَيْجٍ عَنْ عَطَاءٍ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: ((البَيِّنَةُ عَلَى مَنْ ادَّعَى وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ إِلَّا فِي الْقَسَامَةِ)).

أخرجه ابْنُ عَدِيٍّ فِي "الكامل" ٣١٠/٦، وَالدَّارَقُطْنِيُّ ١١٠/٣ وَ٢١٧/٤ وَ٢١٨. قال ابْنُ عَدِيٍّ: هَذَانِ الْإِسْنَادَانِ يُعْرَفَانِ بِمُسْلِمٍ عَنْ ابْنِ جُرَيْجٍ، وَفِي الْمَنْ زِيَادَةُ قَوْلِهِ: ((إِلَّا فِي الْقَسَامَةِ)).

قال ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ: وَهَذَا الْحَدِيثُ وَإِنْ كَانَ فِي إِسْنَادِهِ لَيْثٌ، فَإِنَّ الْأَثَارَ الْمُتَوَاتِرَةَ فِي هَذَا الْبَابِ تَعَضُّدُهُ. وَرَوَى نَافِعُ بْنُ عَمْرِو الْجَمَحِيُّ وَابْنُ جُرَيْجٍ وَعُثْمَانُ بْنُ الْأَسْوَدِ وَمُحَمَّدُ بْنُ سُلَيْمَانَ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي مُلَيْكَةَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ (أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَضَى أَنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ). وَفِي رِوَايَةٍ: ((لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ لَادَّعَى نَاسٌ دِمَاءَ قَوْمٍ وَأَمْوَالَهُمْ، وَلَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ)). وَفِي رِوَايَةٍ: ((وَلَكِنَّ الْبَيِّنَةَ عَلَى الطَّالِبِ وَالْيَمِينُ عَلَى الْمَطْلُوبِ)) =.

- أخرجه البخاري (٢٥١٤) كتاب في الرهن في الحَصْر - باب إذا اختلف الراهن والمُرْتَهَن، و(٢٦٦٨) كتاب الشَّهَادَات - باب اليمين على المُدَّعَى عليه، و(٤٥٥٢) مَطُولًا كتاب التفسير - باب ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأْتِمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا﴾، ومسلم (١٧١١) في الحدود - باب اليمين على المُدَّعَى عليه، وأبو داود (٣٦١٩) كتاب الأفضية - باب اليمين على المُدَّعَى عليه، والنسائي في "الكبرى" (٥٩٩٤)، وفي "المجتبى" (٥٤٤٠) مَطُولًا في كتاب آداب القضاة - باب عِظَةُ الحاكم على اليمين، والترمذي (١٣٤٢) كتاب الأحكام - باب البيئة على المُدَّعَى، وقال: هذا حديث حسن صحيح، وابن ماجه (٢٣٢١) في الأحكام - باب البيئة على المُدَّعَى، وعبد الرزاق (١٥١٩٣) مَطُولًا، والشافعي في "الأم" (٩٣/٧)، واختلاف الحديث (٥٥٧/١) وأحمد (٣٤٣/١) و٣٥١ و٣٦٣، وأبو عوانة (٦٠٠٥ - ٦٠٠٨)، وأبو يعلى (٢٥٩٥)، وابن حبان كما في "الإحسان" (٥٠٨٢) مَطُولًا و(٥٠٨٣) مُختَصَرًا، والطحاوي في "شرح المعاني" ١٩١/٣ مَطُولًا ومُختَصَرًا، والطبراني في "الكبير" (١١٢٢٣) مَطُولًا و(١١٢٢٤) و(١١٢٢٥) مُختَصَرًا، والأوسط (٧٩٧١)، والدارقطني (١٥٧/٤)، والبيهقي في "الكبرى" ٣٣٢/٥ و١٨٢/١ و٢٥٢ مَطُولًا ومُختَصَرًا، وابن عبد البر في "الاستذكار" ١٢٣/٧، و"التمهيد" ٢٠٦/٢٣ و٢٠٧.

قال الطبراني: لم يرو هذا الحديث عن عثمان بن أسود إلا ابن إدريس، تفرَّد به الحسن بن سهل.
قال الدارقطني كما في "أطراف الغرائب" (٢٤٣٣): تفرَّد به أبو حيان التميمي عن ابن أبي نجيح، وتفرَّد به خالد بن يزيد القسري عن أبي حيان غيل الله بن دينار عن ابن عباس.
وروى وكيع عن محمد بن سليم عن ابن أبي مليكة أن ابن عباس كتب إليه: قال رسول الله ﷺ: ((المُدَّعَى عليه أولى باليمين)).

أخرجه أحمد ٣٥٦/١.

ورواه سنان بن الحارث عن مُصَرِّف عن طلحة بن مُصَرِّف عن مُجاهد عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال: ((المُدَّعَى عليه أولى باليمين إلا أن تقوم بيئة)).

أخرجه الدارقطني في "السنن" ٢١٨/٤ - ٢١٩.

ورواه رَوْحٌ ومروان بن معاوية عن حجاج بن أبي عثمان عن حميد بن هلال عن زيد بن ثابت قال: قضى رسول الله ﷺ أن من طَلَبَ عند أخيه طَلِبَةً بغير شَهِدَاءٍ فالمطلوب أولى باليمين، وفي رواية: قال النبي ﷺ: ((إذا لم يكن للطلاب بيئة فعلى المطلوب اليمين)).

أخرجه الدارقطني في "السنن" ٢١٩/٤، والبيهقي في "الكبرى" ٢٥٣/١٠، وإسحاق بن راهوية كما في "المطالب العالية" (٢١٨٩).

ورواه أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم عن شريح عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه: ((البيئة على المدعي واليمين على المدعى عليه)).
أخرجه الدارقطني في "السنن" ٢١٨/٤.

ورواه عبد الرزاق (١٥١٩٣) عن ابن عيينة عن عمرو بن دينار قال: قضى رسول الله ﷺ: ((أن اليمين على المدعى عليه)).

ورواه يزيد بن عياض عن عبد الملك بن عبيد عن خريقت بنت الحصين عن عمران بن الحصين قال: ((أمر رسول الله ﷺ بشاهدين على المدعي واليمين على المدعى عليه)) أخرجه الدارقطني ٢١٩/٤.

أو بصحة نكاح المتعة أو المؤقت^(١)، أو بصحة بيع معتق^(٢) البعض^(٣)، أو بسقوط الدين بمضي سنين،

[٢٦٣٠٥] (قوله: أو بصحة نكاح المتعة أو المؤقت) لعل الصواب: لا المؤقت بـ: لا النافية؛ لما قدمناه^(٤) قرياً عن "الفتح" من نفاذ القضاء بصحة المؤقت، ونقل "ط"^(٥) مثله عن "الهندية"^(٦)، ولم أر من ذكر عدم نفاذه.

[٢٦٣٠٦] (قوله: أو بصحة بيع معتق البعض) في "الهندية"^(٧) عن "الطهريّة"^(٨): ((رجل أعتق نصف عبده، أو كان العبد بين اثنين أعتقه أحدهما وهو ميسر، وقضى القاضي للآخر في بيع نصيبه فباع، ثم اختصما إلى قاض آخر لا يرى ذلك ذكر "الخصاف"^(٩): أن القاضي يطل البيع والقضاء، وحكى شمس الأئمة "الحلواني" عن المشايخ: أن ما ذكره "الخصاف" ليس فيه شيء عن أصحابنا، ولولا قول "الخصاف" قلنا: إنه ينفذ قضاؤه؛ لأنه قضاء في فصل مجتهد فيه)). اهـ "ط"^(١٠).

[٢٦٣٠٧] (قوله: أو بسقوط الدين إلخ) أي: كما قال بعضهم: إذا لم يخاصم ثلاث سنين

(قوله: لعل الصواب: لا المؤقت إلخ) يمكن أن يقال: مراد المؤلف "بعدم صحة الحكم بالنكاح المؤقت أن يحكم به مؤقتاً بحيث يرتفع بعد الوقت.

- قال الكفائي في "نظم المتناثر" ١/١٧٠: هو متواتر المعنى. وتقدم حديث: ((شاهدك أو يمينه....))

٨٥٥/١٣.

(١) تقدم تخريجه ٨٢٠/١٣ - ٨٢٥.

(٢) في "د" و"و": ((بيع عبد معتق)).

(٣) تقدم تخريجه ٦٨/١١.

(٤) المقولة [٢٦٢٩٩] قوله: ((كحل المتعة)).

(٥) "ط": كتاب القضاء - فصل في الحبس ١٩٤/٣.

(٦) "الفتاوى الهندية": كتاب أدب القاضي - الباب التاسع عشر في القضاء في المجتهدين ٣٦٢/٣ - ٣٦٣.

(٧) "الفتاوى الهندية": كتاب أدب القاضي - الباب التاسع عشر في القضاء في المجتهدين ٣٦٤/٣.

(٨) "الطهريّة": كتاب الدعوى والبيانات - الفصل السادس فيما ينبغي للقاضي أن يعمل إلخ - نوع آخر في قضاء القاضي في المجتهدين ٣١٩/ب.

(٩) انظر "شرح أدب القاضي" للصدر الشهيد: الباب الثاني والأربعون في القاضي ترفع إليه قضية قاص آخر إلخ ١٢٩/٣.

(١٠) "ط": كتاب القضاء - فصل في الحبس ١٩٥/٣.

أو بصحة) طلاق (الدَّوْرَ وبقاء النكاح) كما مرَّ^(١) في بابهِ، (وقضاء عبدٍ وصبيٍّ مُطلقاً، و) قضاء (كافرٍ على مسلمٍ أبداً ونحو ذلك) كالتفريق بين الزوجين بشهادة المرُضعة (لا ينفذ) في الكل،

وهو في المصبر بطل حَقِّه، فلا ينفذ القضاء به؛ لأنه قولٌ مهجورٌ، فإذا رُفِعَ إلى آخر أبطله وجعل المدعي على حَقِّه كما في "الحانية"^(٢).

[٢٦٣٠٨] (قوله: أو بصحة طلاق الدَّوْرَ وبقاء النكاح) أي: صحة التعليق في طلاق الدَّوْرَ لا صحة نفس الطلاق، فإذا قال: إن طَلَقْتُكَ فَأَنْتِ طَالِقٌ قَبْلَهُ ثَلَاثًا فَبِئْسَ الْقَبْلِيَّةُ تَغْوُو، وتطلق ثلاثاً؛ لأنَّ صحة تعليق الثلاث تُؤدِّي إلى إبطاله، فلو قضى قاضٍ بصحة التعليق وبطلان الطلاق وبقاء النكاح لا ينفذ.

[٢٦٣٠٩] (قوله: في بابهِ) أي: في أوَّل كتاب الطلاق، وأوضحنا الكلام عليه هناك^(٣)، فافهم. [٢٦٣١٠] (قوله: وقضاء عبدٍ) استشكل بأنَّ العبد يصلحُ شاهداً عند "مالك"^(٤) و"شريح"^(٥)، فيصلحُ قاضياً، فإذا اتَّصلَ به إمضاء قاضٍ آخر ينبغي أن ينفذ كما في المحدود في القذف، "ط"^(٦) عن "الهندية"^(٧).

٣٣٠/٤

[٢٦٣١١] (قوله: مُطلقاً) أي: سواءً قضياً على حرٍّ أو عبدٍ، بالغٍ أو صبيٍّ، مُسلمٍ أو كافرٍ. اهـ "ح"^(٨). [٢٦٣١٢] (قوله: أبداً) محلُّ ذكره بعد قوله: ((لا ينفذ)) كما في عبارة "الغرر"^(٩).

(١) ٦٩/٩ "در".

(٢) "الحانية": كتاب الدعوى والبنات - باب ما يطل دعوى المدعي قبل القضاء أو بعده - فصل فيما يقضى في المحتندات إلخ ٤٥٨/٢ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) المقولة [١٢٩٢٢] قوله: ((وي)) وما بعدها.

(٤) لم نجد نصاً صريحاً عن الإمام مالك رحمه الله في صلاحية العبد للشهادة. انظر "الدونة" ١٥٤/٥، و"حاشية الدسوقي" ١٨٤/٤، و"مواهب الجليل" ٨٧/٦، ١٥٠.

(٥) انظر مختصر اختلاف العلماء للطحاوي ٣/٣٣٥، و"مبسوط" السرخسي ١٦/١٢٤.

(٦) "ط": كتاب القضاء - فصل في الحبس ٣/١٩٥.

(٧) "الفتاوى الهندية": كتاب أدب القاضي - الباب التاسع عشر في القضاء في المحتندات ٣/٣٦١.

(٨) "ح": كتاب القضاء - فصل في الحبس ٤٠٨/٣.

(٩) "الدرر والغرر": كتاب القضاء ٢/٤٠٩.

وَعَدَّ مِنْهَا فِي "الْأَشْبَاهِ"^(١) نَيْفًا وَأَرْبَعِينَ. وَذَكَرَ فِي "الدَّرَرِ" لِمَا يَنْفُذُ سَبْعَ صُورٍ، مِنْهَا: لَوْ^(٢) قَضَتْ الْمَرْأَةُ بَحْدً وَقَوْدً،

[٢٦٣١٣] (قَوْلُهُ: وَعَدَّ مِنْهَا فِي "الْأَشْبَاهِ" نَيْفًا وَأَرْبَعِينَ) تَقَدَّمَ الْكَلَامُ عَلَيْهَا آخِرَ كِتَابِ الْوَقْفِ^(٣)، فَارْجِعْهُ.

[٢٦٣١٤] (قَوْلُهُ: وَذَكَرَ فِي "الدَّرَرِ" لِمَا يَنْفُذُ سَبْعَ صُورٍ) حَيْثُ قَالَ^(٤): ((فَبِأَنِّ أَمْضِيَ قَضَاءَ مَنْ حُدَّ فِي قَذْفٍ وَتَابَ، أَوْ قَضَاءَ الْأَعْمَى، أَوْ قَضَاءَ امْرَأَةٍ بَحْدً أَوْ قَوْدً، أَوْ قَضَاءَ قَاضٍ لَامْرَأَتِهِ، أَوْ قَاضٍ بِشَهَادَةِ الْمُحْدُودِ التَّائِبِ وَبِشَهَادَةِ الْأَعْمَى، وَقَاضٍ لَامْرَأَةٍ بِشَهَادَةِ زَوْجِهَا، وَقَاضٍ بَحْدً أَوْ قَوْدً بِشَهَادَتِهَا نَفَذَ، حَتَّى لَوْ أَبْطَلَهُ ثَانٍ نَفَذَهُ^(٥))) ثَالِثٌ؛ لِأَنَّ الْاجْتِهَادَ الْأَوَّلَ كَالثَّانِي، وَالْأَوَّلُ تَأْيِيدٌ بِاتِّصَالِ الْقَضَاءِ، فَلَا يُنْقَضُ بِاجْتِهَادٍ لَمْ يَتَأَيَّدَ بِهِ؛ لِأَنَّهُ دُونَهُ)) اهـ.

قُلْتُ: وَفِي هَذِهِ الْعِبَارَةِ مِنَ الْخَفَاءِ مَا لَا يَخْفَى؛ لِأَنَّ الْقَضَاءَ فِي هَذِهِ السَّبْعِ لَا يَنْفُذُ مَا لَمْ يُمَضِّهِ قَاضٍ آخَرٌ؛ لِأَنَّ الْمُجْتَهِدَ فِيهِ نَفْسُ الْقَضَاءِ لَا الْمَقْضَى بِهِ، فَهُوَ الْقِسْمُ الثَّلَاثُ مِنَ الْأَقْسَامِ الثَّلَاثَةِ الَّتِي ذَكَرْنَاهَا^(٦) عِنْدَ قَوْلِ "الشَّارِحِ": ((لَوْ مُجْتَهِدًا فِيهِ))، فَقَوْلُ "الدَّرَرِ": ((نَفَذَ)) أَيُّ: إِمضَاءُ الْقَاضِي الثَّانِي قَضَاءَ الْقَاضِي الْأَوَّلِ الْمُحْدُودِ فِي قَذْفٍ إِنْخِ، وَقَوْلُهُ: ((حَتَّى لَوْ أَبْطَلَهُ ثَانٍ إِنْخِ))، صَوَابُهُ: حَتَّى لَوْ أَبْطَلَهُ ثَالِثٌ لَمْ يَبْطُلْ، فَتَنْبَهُ لَذَلِكَ، فَإِنِّي لَمْ أَرِ مَنْ تَبَّهَ عَلَيْهِ، لَكِنْ مَا ذَكَرْنَا مِنْ أَنَّهُ لَا يَنْفُذُ^(٧) قَضَاءَ الْأَوَّلِ مُوَافِقٌ لِمَا فِي "الزَّيْلَعِيِّ"^(٨)، وَهُوَ ظَاهِرٌ فِي الْأَرْبَعَةِ الْأَوَّلِ دُونَ الثَّلَاثَةِ الْآخِيرَةِ، بَلْ هُوَ نَافِذٌ فِيهَا، فَيَصِحُّ أَنْ يُقَالَ فِيهَا: حَتَّى لَوْ أَبْطَلَهُ ثَانٍ نَفَذَهُ ثَالِثٌ، (قَوْلُهُ: حَتَّى لَوْ أَبْطَلَهُ ثَانٍ نَفَذَهُ ثَالِثٌ) مُرَادُهُ بِالثَّانِي الثَّانِي بِالنِّسْبَةِ لِلْمُنْفَذِ، لَا بِالنِّسْبَةِ لِلْقَاضِي الْمُحْدُودِ

(١) "الأشياء والنظائر": الفن الثاني: الفوائد - كتاب القضاء والشهادات والداوي ص ٢٧٤ - ٢٧٥.

(٢) فِي "و": ((مَا لَوْ)).

(٣) الْمُقُولَةُ [٢٢١٢٥] قَوْلُهُ: ((قَوْلُ "الْأَشْبَاهِ" الْقَاضِي إِذَا قَضَى إِنْخِ)).

(٤) "الدَّرَرُ وَالْغَرَرُ": كِتَابُ الْقَضَاءِ ٤٠٩/٢.

(٥) فِي "أ": ((أَنْفَذَهُ)).

(٦) الْمُقُولَةُ [٢٦٢٧٩] قَوْلُهُ: ((لَوْ مُجْتَهِدًا فِيهِ)).

(٧) فِي "م": ((لَا يَنْفُذُ)) بِالْبَدَالِ الْمَهْمَلَةِ، وَهُوَ خَطَأٌ.

(٨) "تبيين الحقائق": كِتَابُ الْقَضَاءِ - بَابُ كِتَابِ الْقَاضِي إِلَى الْقَاضِي وَغَيْرِهِ ١٨٩/٤.

أي: نَفَذَ الثالثُ قَضَاءَ الأولِ؛ لأنه وَقَعَ نافِذاً، فلم يَصِحَّ إبطالُ الثاني له، وهذا هو الموافق لما قَدَّمْنَاهُ^(١) في بيان الأقسام الثلاثة، ويوضحُهُ ما في "الخانية"^(٢) و"البرازية"^(٣) وغيرهما: ((إذا كان نفسُ القضاءِ مُحْتَلِفاً فيه وُرفِعَ إلى قاضٍ آخرَ لا يَرَاهُ له إبطالُهُ، وإذا رُفِعَ إلى مَنْ يَرَاهُ ونَفَذَهُ، ثُمَّ رُفِعَ إلى ثالثٍ لا يَرى ذلكَ ليس له إبطالُهُ، فلو كان القاضي هو المحدود في قذفٍ، فُرفِعَ حُكْمُهُ إلى قاضٍ آخرَ لا يَرى جوازَهُ أَبْطَلَهُ الثاني، وكذا لو قَضَى لامرأتهِ بشهادة رجلين لا يَحْضُرُ، فلو رُفِعَ إلى آخرَ لا يَرَاهُ جازَ له إبطالُهُ؛ لأنه كما لا يصلُحُ شاهداً لامرأتهِ لا يصلُحُ قاضياً لها، فإن رُفِعَ القضاءُ الأولُ إلى مَنْ يَرى جوازَهُ فأَمْضَاهُ، ثُمَّ رُفِعَ إِمضاءُ الثاني إلى ثالثٍ لا يَرى جوازَهُ أَمْضَى الثالثُ إِمضاءَ الثاني ولا يُبْطِلُهُ، وكذا قضاءُ الأعمى، وكذا قضاءُ المرأةِ في حَدٍّ أو قِصاصٍ))، وفيها^(٤) أيضاً: ((لو قَضَى بشهادةٍ محدودٍ في قذفٍ وهو يَرَاهُ، فُرفِعَ إلى مَنْ لا يَرَاهُ لا يُبْطِلُهُ، وكذا لو قَضَى بشهادة رجلٍ وامرأتين في الحدود والقصاص)) اهـ.

أو الأعمى إلخ. ومُراده بالاجتهاد الأول ما قَضَى به المحدود إلخ، وبالثاني ما يَرَاهُ القاضي المُبْطِل. ولا شكَّ أنَّ القضاءَ قد تَأَيَّدَ بالتَّغْيِيزِ الذي هو القضاءُ الثاني، وهذا بالنسبة للمسائل الأربع الأول، وبالنسبة للمسائل الثلاث الأخيرة قد تَأَيَّدَ الاجتهادُ بنفسِ القضاءِ فيها قَبْلَ التَّغْيِيزِ، بخلاف اجتهاد القاضي المُبْطِل، فإنه لم يَتَأَيَّدَ باتِّصالِ القضاءِ به. وبهذا تُتَضَحُّ عبارة "الدَّرر" ويوافِقُ التَّعْلِيلُ المسائلَ السَّبعَ، وليس في كلامِهِ، إلَّا أنَّ التَّغْيِيزَ في هذه المسائل صحيحٌ بدونُ أَنْ يتعرَّضَ لتوقُّفِ القضاءِ الأولِ عليه أو لا، فتأمَّل. وبهذا لا يَظْهَرُ قولُ "المحشَّى": ((لأنَّ القضاءَ في هذه السَّبع لا يَنْفَذُ ما لم يَمْضِهِ قاضٍ آخرُ))، بل هو نافِذٌ في الثلاثة الأخيرة، ومُتَوَقَّفٌ على الإمْضاءِ في الأربعة الأول.

(١) المقالة [٢٦٢٧٩] قوله: ((لو مُتَّحَدًّا فيه)).

(٢) "الخانية": كتاب الدعوى والبيئات - باب ما يبطل دعوى المدعي قبل القضاء إلخ - فصل فيما يقضي في المتحدثات إلخ ٤٥٨/٢ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) "البرازية": كتاب أدب القاضي - الفصل الرابع فيما يتعلق بقضائه إلخ - نوع في علمه ١٧٢/٥ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) المسألة في "الخانية" و"البرازية"، انظر "الخانية": كتاب الدعوى والبيئات - باب ما يبطل دعوى المدعي قبل القضاء إلخ - فصل فيما يقضي في المتحدثات إلخ ٤٥٨/٢، و"البرازية": كتاب أدب القاضي - الفصل الرابع فيما يتعلق بقضائه إلخ - نوع في علمه ١٧٢/٥ (هامش "الفتاوى الهندية").

وسيجيء متناً خلافاً لما ذكره "المصنف" ^(١) شرحاً. والأصل: أن القضاء يصح في موضع الاختلاف لا الخلاف،

والحاصل: أن الخلاف إذا كان بعد القضاء بأن كان المجتهد فيه نفس القضاء الأول لا ينفذ ما لم ينفذه قاضي ثان، فيكون القضاء الثاني هو النافذ، فإذا رُفِعَ إلى ثالث وجب عليه تنفيذه، ولا يصح إبطاله إياه، بخلاف ما إذا كان المجتهد فيه نفس المقضي به قبل القضاء ^(٢)، فإن القضاء به نافذ بدون تنفيذ، وإذا رُفِعَ إلى آخر نفذته وإن لم يكن مذهبه، وهذا ما مر في قوله ^(٣): ((وإذا رُفِعَ إليه حكم قاضي آخر نفذته))، وبخلاف ما خالف الدليل، فإنه لا ينفذ وإن نفذته ألف قاضي كما قاله "الزيلعي" ^(٤)، وهذا ما مر في قوله ^(٥): ((إلا ما خالف كتاباً، أو سنة مشهورة، أو إجماعاً))، وبه تمت الأقسام الثلاثة، فافهم، واغتنم تحرير هذا المقام.

[٢٦٣١٥] (قوله: وسيجيء متناً) أي: في باب كتاب القاضي إلى القاضي ^(٦)، "ح" ^(٨).

[٢٦٣١٦] (قوله: خلافاً لما ذكره "المصنف" شرحاً) حيث عدّ هذه الصورة من جملة ما لا ينفذ؛ لمخالفتها الدليل، لكن نقل "ط" ^(٩) عن "الهندية" ^(١٠) حكاية قولين.

(قوله: حيث عدّ هذه الصورة من جملة ما لا ينفذ إلخ) دعوى المناقاة بين ما ذكر "المصنف" شرحاً وبين ما في "الدرر" وما يجيء متناً غير طاهر، وذلك أن ما في "الدرر" وما يجيء متناً في صحة تنفيذ قضاء المرأة في الحد والقود، وما ذكر شرحاً في عدم نفاذ قضائها فيهما، فلا منافاة بين هذه العبارات؛ لاختلاف الموضوع فيها، وما في "الهندية" لا يدل على خلاف في صحة التنفيذ، ولا على خلاف في عدم صحة قضائها فيهما،

(١) "المنح": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٢/ق ٦١/ب.

(٢) في "م": ((الفضاء)) بالفاء، وهو خطأ.

(٣) ص ٤١٣ - وما بعدها "در".

(٤) في "م": ((قاص)) بالصاد المهملة، وهو خطأ.

(٥) "تبين الحقائق": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٤/١٨٩.

(٦) ص ٤٣١ - وما بعدها "در".

(٧) ص ٥٨٢ - "در".

(٨) "ح": كتاب القضاء - فصل في الحبس ق ٣٠٨/ب.

(٩) "ط": كتاب القضاء - فصل في الحبس ٣/١٩٥.

(١٠) "الفتاوى الهندية": كتاب أدب القاضي - الباب التاسع عشر في القضاء في المجتهدات ٣/٣٦١ - ٣٦٢.

والفرق: أنْ لِلأَوَّلِ دليلاً لا الثاني، وهل اختلاف "الشافعي" معتبر؟ الأصح: نعم، "صدر الشريعة"^(١).....

[٢٦٣١٧] (قوله: والفرق إلخ) هذه تفرقة عرقية، وإلا فقد قال تعالى ﴿وَمَا اخْتَلَفَ فِيهِ إِلَّا الَّذِينَ أُوتُوهُ﴾ [البقرة: ٢١٣]، ﴿وَمَا تَفَرَّقَ^(٢) الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ إِلَّا مِنْ بَعْدِ مَا جَاءَتْهُمْ الْبَيِّنَةُ﴾ [البينة: ٤]، ولا دليل لهم، والمراد أنه خلاف لا دليل له بالنظر للمخالف، وإلا فالقائل اعتمد دليلاً. ثم مسائل الخلاف التي لا يُنفذها هي ما تقدّمت^(٣) في قوله^(٤): ((إلا ما خالف كتاباً إلخ))، "ط"^(٥).

[٢٦٣١٨] (قوله: الأصح: نعم) وقيل: إنما يُعتبر الخلاف في الصّدر الأول، قال في "الفتح"^(٦):

ونصّها في الباب التاسع من القضاء: ((ولو أن امرأة استقضيت حجازاً قضاؤها في كل شيء إلا الحدود والقصاص، فإن قضت في الحدود والقصاص ثم رُبع قضاؤها إلى قاضٍ آخر فأمضاه نفذ أمضاؤه. وفي "الخاتية": ولا يكون لغيره أن يُبطله، وذكر الشيخ الإمام "فخر الإسلام عليّ البردوي" في مقدّمة قضاء الجامع: أنه لا يُنفذ، وهكذا ذكر في وقف "فتاوى الناصبي" اهـ.

والظاهر: أن الضمير في ((لا يُنفذ)) عائد إلى قضاء المرأة لا إلى تنفيذ قضاها فيها، والدليل على هذا عدّم حكاية خلافٍ لأحدٍ فيهما، فلم تكن عبارة "الهندية"^(٧) نصّاً فيه، تأمل.

ثم أعلم أنه في "المنح" لم يذكر التعليل الذي ذكر "المحشي" لهذه بقوله: ((لمخالفته الدليل))، بل ذكر الأصل الذي في "الشراح" بعد ذكره المسائل التي لا يُنفذ فيها القضاء التي منها هذه المسألة. ثم رأيت في "زبدة الدراية" ما نصّه: ((قال الإمام "العتّابي" في شرح "الجامع الصغير": امرأة قلّدت القضاء فقضت في الأموال صح، ولو قضت بالحدود والقصاص وأمضاه قاض يرى جوازها نفذ بالإجماع)). (قوله: وما اختلف الذين أوتوا الكتاب إلخ) التلاوة: ﴿وَمَا تَفَرَّقَ﴾.

(١) "شرح الوقاية": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي ٦٨/٢ (هامش "كشف الحقائق").

(٢) في النسخ جميعها: ((وما اختلف))، والآية على ما أثبتناه، وقد بُه عليها الرافعي رحمه الله.

(٣) ص ٤٣١ - "در".

(٤) في "م": ((في قولاً))، وهو خطأ.

(٥) "ط": كتاب القضاء - فصل في الحبس ١٩٥/٣.

(٦) "الفتح": كتاب أدب القاضي - باب كتاب القاضي إلى القاضي - فصل آخر ٣٩٤/٦.

(٧) في مطبوعة "التقريرات": ((لهندية)) بلا ألف، وهو خطأ.

(يَوْمُ الْمَوْتِ لَا يَدْخُلُ تَحْتَ الْقَضَاءِ، بِخِلَافِ يَوْمِ الْقَتْلِ).....

((وعندي أن هذا لا يُعَوَّلُ عليه، فإنَّ صَحَّ أنَّ "مالكاً" و"أبا حنيفة" و"الشافعي" مجتهدون فلا شكَّ في كونِ المحلِّ اجتهدياً وإلاَّ فلا، ولا شكَّ أنَّهم أهلُّ اجتهدٍ ورفعةٍ، ويُؤيده ما في "الذخيرة": خالَعَ الأبُّ الصَّغِيرَةَ عَلَى صَدَاقِهَا وَرَأَهُ خَيْراً لَهَا صَحَّ عِنْدَ "مالك" ^(١)، وَبَرَّيَ الزَّوْجُ عَنْهُ، فَلَوْ قَضَى بِهِ قَاضٍ نَفَذَ، وَسُئِلَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ "عطاء بن حمزة" ^(٢) عَنْ أَبِي الصَّغِيرَةِ زَوْجِهَا مِنْ صَغِيرٍ وَقَبِلَ أَبُوهُ، وَكَبِرَ الصَّغِيرَانِ وَبَيْنَهُمَا غَيْبَةٌ مُنْقَطِعَةٌ وَقَدْ كَانَ التَّزْوُجُ بِشَهَادَةِ الْفَسَقَةِ: هَلْ يَجُوزُ لِلْقَاضِي أَنْ يَبْعَثَ إِلَى شَافِعِي الْمَذْهَبِ لِيُبْطَلَ هَذَا النِّكَاحُ بِسَبَبِ أَنَّهُ كَانَ بِشَهَادَةِ الْفَسَقَةِ؟ قَالَ: نَعَمْ)) إحد "ط" ^(٣).

قلت: والمسألة الثانية لم أرها في "الفتح" ^(٤)، بل ذكر مسألة غيرها ^(٥)، وذكر عبارته في "البحر" ^(٦).

مطلب: يوم الموت لا يدخل تحت القضاء

[٢٦٣١٩] (قوله: يوم الموت لا يدخل تحت القضاء) أي: لا يُقضى به قصداً، بأن تنازع الخصمان في يومٍ موتٍ آخرٍ أنه كان في يومٍ كذا، بخلاف ما إذا كان المقصودُ غيره كتقديم ملكٍ

(قوله: أي: لا يُقضى به قصداً، بأن تنازع الخصمان إلخ) لا تنأى المنازعة فيه قصداً بانفرادٍ؛ إذ هو ليس محلَّ خصومةٍ، بل لا بدَّ أن يكون مع دعوى حقٍّ آخرٍ، إلاَّ أنه تارة يُقضى به تبعاً، وتارة لا يُقضى كما يظهر من الفروع الآتية. ثم رأيتُ في "حاشية القرماني" على "الفصولين": ((يومُ الموت داخلٌ تحت الحكم إذا وَقَعَ النزاعُ في تقديم الملكِ قصداً كما صرح به "البرازي"، وكذا يومُ التزويج. وأما مجردُ دعوى

(١) "المدينة الكبرى": كتاب إرخاء السطور - خلع الأب على ابنه وابنته ٣٥٠/٢.

(٢) هو أبو الحسن عطاء بن حمزة السعدي، من أئمة المذهب، أخذ عنه جماعة منهم نجم الدين عمر النسفي. ("الفوائد البهية" ص ١١٦).

(٣) "ط": كتاب القضاء - فصل في الحبس ١٩٥/٣ - ١٩٦.

(٤) ولم نقف عليها نحن أيضاً في "الفتح".

(٥) أول المسألة: ((وفي حيزٍ "منهاج الشريعة" عن مالك)) انظر "الفتح": كتاب أدب القاضي - باب كتاب

القاضي إلى القاضي - فصل آخر ٣٩٤/٦.

(٦) "البحر": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ١٢/٧.

فلو برهن على موت أبيه في يوم كذا، ثم برهنت امرأة أن الميت نكحها بعد ذلك

أحدهما، ولذا قال في "البرازية"^(١): ((فإن ادّعى [١/٢١٧٣/٣] الميراث وكل منهما يقول: هذا لي ورثته من أبي: إن في يد ثالث ولم يُورثا، أو أرثا تاريخاً واحداً فأنصافاً، وإن أحدهما أسبق فهو له عند الإمامين"، وليس فيه القول بدخول يوم الموت تحت القضاء؛ لأن النزاع وقع في تقديم الملك قصدًا)) اهـ. وفيها^(٢): ((ادّعى على آخر ضيعة بأنها كانت لفلان ورثتها منه أخته فلانة فماتت وأنا وارثها وبرهن تسمع، ولو برهن المطلوب أن فلانة ماتت قبل فلان - يعني: مورثها - صح الدفع، وفيه نظر؛ لما تقرر أن زمان الموت لا يدخل تحت القضاء، قيل: النزاع لم يقع في الموت المجرد، فصار كالورثة تنازعوا في تقديم موت المورث من المورث الآخر قبله وبعده، كابن الابن مع الابن إذا تنازعا في تقديم موت أبيه قبل الجد أو بعده)) اهـ. (٢٦٣٢٠) قوله: فلو برهن على موت أبيه أي: بأن ادّعى شيئاً لأبيه، وبرهن أن أباه مات وتركه ميراثاً، وأنه مات يوم كذا، "بيري"^(٣) عن "شرح أدب القضاء"^(٤).

يوم الموت فلا يدخل تحت الحكم، فإذا وقع النزاع في تقديم الملك قصدًا ويوم الموت تبعاً يدخل تحت الحكم تبعاً، فكم من شيء يثبت تبعاً ولا يثبت قصدًا، وأكثر اعتراضات "المصنف" مبني على عدم التفريق)) اهـ. وقال في "نور العين": ((يدل على وجود الخلاف في مسألة الوكالة، وهي: ما لو برهن على وكالته وحكم له بها، ثم المطلوب ادّعى أن الطالب مات قبل دعواه وليس له حق القبض تصحيح الدعوى)) اهـ. (قوله: وفيها: ادّعى على آخر ضيعة إلخ) ذكر في "الظهيرية" هذه المسألة، وأن فيها خلافاً على ما نقله عنه "السندي"، والظاهر اعتماد عدم سماع هذا الدفع، بل هو الصواب على ما يأتي في مسألة ما لو برهن أنه شراه من أبيه منذ سنه، وبرهن ذو اليد على موته منذ سنتين، وما ذكر فيها من التعليل لنفع النظر غير ظاهر.

(١) "البرازية": كتاب الدعوى - الفصل الثالث عشر في تنازع الرجلين إلخ ٣٧١/٥ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) "البرازية": كتاب الدعوى - الفصل الخامس عشر في بقية مسائل الدفع والتناقض إلخ - نوع في الميراث ٣٩٨/٥ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) "عمدة ذوي البصائر": كتاب القضاء والشهادات والدعاوى ق ١١٩/١ بتصرف.

(٤) "شرح أدب القاضي" للصدر الشهيد: الباب السادس والخمسون في المدعي يدعي شيئاً إلخ ٢٥٩/٣.

قُضِيَ بِالنِّكَاحِ، وَلَوْ بَرَهَنَ عَلَى قَتْلِهِ فِيهِ، فَبَرَهَنْتَ أَنَّ الْمَقْتُولَ نَكَحَهَا بَعْدَهُ لَا تَقْبَلُ،

(٢٦٣٢١) (قوله: قُضِيَ بِالنِّكَاحِ) أي: فُجِعَلْ لَهَا الصَّدَاقُ والميراثُ مع الابنِ؛ لأنَّ يَوْمَ الْمَوْتِ لَا يَدْخُلُ تَحْتَ الْقَضَاءِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ حُكْمٌ؛ لِأَنَّ الْمِيرَاثَ لَا يُسْتَحَقُّ بِالمَوْتِ، بَلْ بِسَبَبِ سَابِقٍ عَلَى الْمَوْتِ، وَالنِّكَاحُ سَبَبٌ سَابِقٌ، وَإِذَا لَمْ يَدْخُلْ يَوْمَ الْمَوْتِ تَحْتَ الْقَضَاءِ جُعِلَ وَجُودُ ذَلِكَ التَّارِيخِ وَعَدَمُهُ سَوَاءً، وَلَوْ عَدِمَ تَقَبُّلُ الْبَيْنَتَيْنِ جَمِيعًا، وَيُقْضَى بِحَقِّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا؛ لِأَنَّ الْعَمَلَ بِهِمَا مُمْكِنٌ، فَكَذَا هُنَا. اهـ "يُري" ^(١) عن "شرح أدب القضاء" ^(٢)، وفيه ^(٣) عن "الحانية" ^(٤): ((ويُقْضَى لَهَا الْقَاضِي بِالمَهرِ والميراثِ، سَوَاءً قُضِيَ الْقَاضِي بَيْنَةَ الْإِبْنِ أَوْ لَا؛ لِأَنَّ الْقَضَاءَ بَيْنَةَ الْإِبْنِ يَمُوتُ الْأَبُ لَا بِوَقْتِ مَوْتِهِ؛ لِأَنَّ حُكْمَ الْمَوْتِ لَا يَتَعَلَّقُ بِوَقْتِ الْمَوْتِ، بَلْ فِي أَيِّ وَقْتٍ يَمُوتُ يَكُونُ مَالُهُ لَوَرَثَتِهِ، فَصَارَ كَأَنَّ الْإِبْنَ أَقَامَ الْبَيْنَةَ عَلَى مَوْتِ الْأَبِ وَلَمْ يَذْكُرِ الْوَقْتَ، وَذَلِكَ لَا يَمْنَعُ قَبُولَ بَيْنَةِ الْمَرَاةِ)) اهـ.

(تَبْيِيحٌ)

ذَكَرَ "الْخَيْرُ الرَّمْنِيُّ" فِي "حَاشِيَةِ الْبَحْرِ" مِنْ بَابِ دَعْوَى الرَّجُلَيْنِ: ((إِذَا كَانَ الْمَوْتُ مُسْتَفْهِمًا، عَلِمَ بِهِ كُلُّ كَبِيرٍ وَصَغِيرٍ وَعَالَمٍ وَجَاهِلٍ لَا يَقْضِي لِلْحَصْمِ، وَلَا يَكُونُ بِطَرِيقِ أَنَّ الْقَاضِيَ قَبْلَ الْبَيْنَةِ عَلَى ذَلِكَ الْمَوْتِ، بَلْ بِطَرِيقِ التَّيَقُّنِ بِكَذِبِ الْمُدَّعِي، وَارْجِعْ إِلَى "التَّاتَرُخَانِيَّةِ" ^(٥) مِنْ كِتَابِ الشَّهَادَةِ فِي الْفَصْلِ الثَّامِنِ عَشَرَ يَظْهَرُ لَكَ صَحَّةُ مَا قُلْتُمْ)) اهـ. وَيَأْتِي ^(٦) مَا يُؤَيِّدُهُ.

[٢٦٣٢٢] (قوله: لَا تَقْبَلُ) قَالَ فِي "الْأَجْنَاسِ": ((وَفَرَّقَ "مُحَمَّدٌ" بَيْنَهُمَا بِأَنَّ الْقَتْلَ يَتَعَلَّقُ بِهِ

(١) "عمدة ذوي البصائر": كتاب القضاء والشهادات والدعاوي ق ١١٩/أ - ب.

(٢) "شرح أدب القاضي" للصدر الشهيد: الباب السادس والخمسون في المدعي يدعي شيئاً إلخ ٢٥٩/٣.

(٣) "عمدة ذوي البصائر": كتاب القضاء والشهادات والدعاوي ق ١١٩/ب.

(٤) "الحانية": كتاب الشهادات - باب من الشهادة التي يكذب المدعي إلخ - فصل في تكذيب المدعي الشهود ٤٨٢/٢

(هـ) هامش "الفتاوى الهندية".

(٥) في النسخ جميعها: ((الحانية))، وما أثبتناه هو صريح عبارة ابن عابدين رحمه الله في حاشيته "منحة الخالق على البحر الرائق" ٢٣٦/٧، على أننا لم نعر على المسألة في "الحانية"، وهي في "التاترخانية": كتاب الشهادات - الفصل الثامن .

عشر في ترجيح أحد البينتين على الأخرى ١٤٨/٥/ب.

(٦) المقولة [٢٦٣٢٤] قوله: ((وَلَا فِي مَسْأَلَةِ الزَّوْجَةِ إلخ)).

وكذا جميع العقود والمداينات، إلا في مسألة الزوجة التي معها ولد، فإنه تُقبل بيئتها بتاريخ مناقض لما قضى القاضي به من يوم القتل، "أشباه" (١).....

حق لازم، والموت ليس فيه حق لازم (٢). وبيانه: أن القتل ظلماً لم يخلُ عن قصاص أو دية، وفي قبول بيئة المرأة على النكاح في زمان متأخر إسقاط أصل القتل؛ لامتناع أن يكون مقتولاً في زمان ثم يبقى حياً فيتزوج، فكان ثبوت القتل يتضمن حقاً لازماً، فلما تضمنت بيئة المرأة إسقاط هذا الحق لم يُعند بها، ولا كذلك بيئة الابن على الموت؛ لأن المرأة بيئتها لا تتضمن إسقاط حق الابن؛ لأن الابن يرث مع المرأة كما يرث إذا انفرد، فلم تتعارض البيئتان في الإرث بين إسقاطه وإثباته، فلذلك لم يمتنع قبول بيئتها ((اهـ. وفي "البرازية" (٣): ((وكذا لو برهن الوارث أنه قتل مورثه، فبرهن المدعى عليه أنه قتل فلان قبل هذا اليوم بزمان يكون دفعاً؛ لدخوله تحت القضاء)) اهـ "بيري" (٤).

(٢٦٣٢٣) (قوله: وكذا جميع العقود) كالبيع، والهبة، والنكاح، فإنها كالقتل تدخل تحت القضاء، فلو برهن أنه باعه كذا يوم كذا، وبرهن آخر أنه باعه بعد ذلك لم تُقبل، ولو برهن أنه باعه قبله يكون دفعاً، وفي "الولوالجية" (٥): ((ولو أقامت امرأة البيئة أنه تزوجها يوم النحر بمكة فقضي بشهودها، ثم أقامت أخرى بيئة أنه تزوجها يوم النحر بخراسان لا تُقبل بيئتها؛ لأن النكاح يدخل تحت القضاء، فاعتبر ذلك التاريخ)).

(٢٦٣٢٤) (قوله: إلا في مسألة الزوجة إلخ) أي: فإن يوم القتل لا يدخل فيها تحت القضاء، وصورتها - كما في "البحر" (٦) عن "الظهريّة" (٧) -: ((ادعى على رجل أنه قتل أباه عمداً بالسيف منذ عشرين سنة، وأنه وارثه لا وارث له [٢١٧ق/٣ب] سواء، وأقام البيئة على ذلك،

(١) "الأشباه والنظائر": الفن الثاني: الفوائد - كتاب القضاء والشهادات والدعوى ص ٢٦٠..

(٢) ((والموت ليس فيه حق لازم)) ليس في الأصل.

(٣) "البرازية": كتاب الدعوى - الفصل الثاني في دعوى النكاح ٣٦٨/٥ هامش "الفتاوى الهندية".

(٤) "عمدة ذوي البصائر": كتاب القضاء والشهادات والدعوى ق ١/١٢٠ بتصرف.

(٥) "الولوالجية": كتاب القضاء - الفصل الرابع فيما تسمع فيه الدعوى وفيما لا تسمع إلخ ٦١/٤.

(٦) "البحر": كتاب الدعوى - باب دعوى الرجلين ٢٣٦/٧.

(٧) "الظهريّة": كتاب الدعوى والبيئات - الفصل الثاني في دعوى الملك المطلق ودعوى التنازع ق ٣٠٧/أ.

فجاءت امرأةً ومعهما ولدٌ، وأقامت البيّنة أن والدَ هذا تزوّجها منذُ خمس عشرة سنة^(١)، وأن هذا ولدهُ منها ووارثه مع ابنه هذا، قال "أبو حنيفة": أستحسنُ في هذا أن أُجيزَ بيّنة المرأة، وأُثبتَ نسبَ الولدِ، ولا أبطلَ بيّنة الابنِ على القتلِ. وكأنَّ هذا الاستحسانَ للاحتياطِ في أمرِ النسبِ، بدليلِ أنها لو أقامت البيّنة على النكاحِ ولم تأتِ بالولدِ فالبيّنة بيّنة الابنِ، وله الميراثُ دونَ المرأة، وهذا قولُ "أبي يوسف" و"محمد" (إم. لكنَّ قوله: ((ولا أبطلَ بيّنة الابنِ على القتلِ)) يُنافي دعوى الاستثناء، وعن هذا قال "الخيرُ الرّمليُّ" في "حاشية البحر" في أوّل بابِ دعوى الرّجلين: ((الظاهرُ أنَّ حرفَ النفي زائدٌ، ولم يذكرْهُ في "التّارخانيّة"، حيثُ قال: وأبطلَ بيّنة الابنِ على القتلِ، والقياسُ أن يقضيَ بيّنة القتلِ)) اهـ.

قلتُ: ويستثنى أيضاً مسألةً أخرى ذكرَها في دعوى "البحر"^(٢) عن "خزانة الأكمل": ((برهنَ أنه قتلَ أبي منذُ سنة، وبرهنَ المشهودُ عليه أن أباهُ صلّى بالنّاسِ الجمعة الماضية، قال "أبو حنيفة": الأخذُ بالأحدثِ أولى إذا كان شيئاً مشهوراً)) اهـ. قال "الرّمليُّ": ((وهذا يُقيّدُ به ما مضى أيضاً، وهو قيدٌ لا رُمَ لا بدَّ منه، حتّى لو اشتهرَ موتُ رجلٍ عندَ النّاسِ منذُ عشرين سنةً، فادّعى رجلٌ أنه اشتريَ منه داره منذُ سنة لا يُقبلُ. ثم رأيتُ ما يشهدُ به صريحاً في "التّارخانيّة" في الفصل الثامن في التّهااتر: لو ادّعى المشهودُ عليه أن الشّهودَ محدودون في قذفٍ من قاضي بلدٍ كذا، فأقامَ الشّهودُ أن القاضي مات في سنة كذا لا يقضي به إذا كان موتُ القاضي قبلَ تاريخِ شهودِ المدّعى عليه. مُستفيضاً. اهـ مختصراً، فراجعهُ إن شئتَ)) اهـ.

٣٣٢/٤

(قوله: يُنافي دعوى الاستثناء) لا منافاة كما هو ظاهر، فإنّه إذا صحَّ القبولُ بالنسبة للقتلِ لا الوقتِ صحَّ الاستثناء من قوله: ((بمخلاف يوم القتلِ))، والمرادُ بإبطالِ بيّنة الابنِ على القتلِ - كما وقّع في عبارة "التّارخانيّة" - إبطالُها من حيثِ التّاريخ، فلا تنافي ما في "الظّهيريّة".

(١) في النسخ جميعها: ((منذُ خمسة عشر سنةً))، وما أثبتناه هو الصواب، وقد تَبّه عليه مصحّح "ب".

(٢) "البحر": كتاب الدعوى - باب دعوى الرّجلين ٢٣٦/٧.

واستثنى مُحشُوها^(١) مِنَ الْأَوَّلِ مسائلَ، مِنْهَا: ادَّعِيَاهُ مِيراثًا فَلأَسْبَقِيهَما تاريخًا. بَرَهَنَ الوَكِيلُ على وَكالتِهِ وحكمَ بها، فَادَّعَى المَطْلُوبُ مَوْتَ الطَّالِبِ صَحَّ الدَّفْعُ. بَرَهَنَ أَنَّهُ شَرَاهُ مِنْ أَبِيهِ مِنْذُ سَنَةٍ، وَبَرَهَنَ ذُو الْيَدِ على مَوْتِهِ مِنْذُ سَنَتَيْنِ لَمْ تُسْمَعْ، وَقِيلَ: تُسْمَعْ. وَسِرُّهُ: أَنَّ الْقَضَاءَ بِالْبَيِّنَةِ عِبَارَةٌ عَنْ رَفْعِ النِّزَاعِ،.....

[٢٦٣٢٥] (قَوْلُهُ: مِنَ الْأَوَّلِ) وَهُوَ أَنَّ يَوْمَ الْمَوْتِ لَا يَدْخُلُ تَحْتَ الْقَضَاءِ.

[٢٦٣٢٦] (قَوْلُهُ: ادَّعِيَاهُ مِيراثًا إلخ) قَدَّمَاهُ^(٢) عَنْ "الْبَزَازِيَّةِ".

[٢٦٣٢٧] (قَوْلُهُ: بَرَهَنَ الْوَكِيلُ) أَي: بَقْبُضِ الْمَالِ، "جَامِعُ الْفُصُولَيْنِ"^(٣).

[٢٦٣٢٨] (قَوْلُهُ: صَحَّ الدَّفْعُ) أَي: إِذَا بَرَهَنَ الْمَطْلُوبُ على الْمَوْتِ؛ لِأَنَّهُ يَنْعَزِلُ بِهِ الْوَكِيلُ، فَالْحُكْمُ بِالْمَوْتِ هُنَا لَا لِذَاتِهِ، بَلْ لِأَجْلِ الْعَزْلِ.

[٢٦٣٢٩] (قَوْلُهُ: مِنْ أَبِيهِ) أَي: أَبِي^(٤) ذِي الْيَدِ.

[٢٦٣٣٠] (قَوْلُهُ: لَمْ تُسْمَعْ) هُوَ الصَّوَابُ؛ لِأَنَّ يَوْمَ الْمَوْتِ لَا يَدْخُلُ تَحْتَ الْقَضَاءِ. اهـ "قَنِيَّة"^(٥)،

مِنْ بَابِ دَفْعِ الدَّعَاوِي.

قُلْتُ: وَوَجْهُهُ أَنَّهُ قَضَاءُ يَوْمِ الْمَوْتِ قَصْدًا؛ لِأَنَّ مَا تَضَمَّنَهُ - وَهُوَ عَدَمُ الشُّرَاءِ - لَا تَصِحُّ الْبَيِّنَةُ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ نَفْيٌ، فَتَمَحَّصَ قَضَاءُ بِالْمَوْتِ، فَلَا يَصِحُّ.

[٢٦٣٣١] (قَوْلُهُ: وَقِيلَ: تُسْمَعْ) وَعَلَيْهِ فَهِيَ مِنَ الْمُسْتَثْنَايَا كَمَا فِي "الْبَحْرِ"^(٦).

[٢٦٣٣٢] (قَوْلُهُ: وَسِرُّهُ إلخ) مُرْتَبِطٌ بِالْمَتْنِ، وَالْمَرَادُ بَيَانُ وَجْهِ الْفَرْقِ، وَلَمَّا كَانَ خَفِيًّا عَبَّرَ عَنْهُ بِالسَّرِّ.

(١) انظر "غمر عيون البصائر": الفن الثاني: الفوائد - كتاب القضاء والشهادات والدعاوي ٣٢٤/٢.

(٢) المقولة [٢٦٣١٩] قوله: ((يَوْمَ الْمَوْتِ لَا يَدْخُلُ تَحْتَ الْقَضَاءِ)).

(٣) "جامع الفصولين": الفصل العاشر في التناقض في الدعوى وفي دعاوي الدفع وما يتصل به، وفي آخره التناقض في النسب ١٠٩/١.

(٤) في "م": ((أَي: مِنْ أَبِي)).

(٥) "القنية": كتاب الدعوى ق ١٤٧/١، نقلًا عن عمر الحافظ، و"الواقعات الكبرى" لناطفي، و"المحيط".

(٦) "البحر": كتاب الدعوى - باب دعوى الرجلين ٢٣٦/٧.

والموت من حيث إنه موت ليس محلاً للنزاع ليرتفع بإثباته، بخلاف القتل، فإنه من حيث هو محل للنزاع كما لا يخفى. (وينفذ القضاء بشهادة الزور ظاهراً وباطناً) حيث كان المحل قابلاً

(٢٦٣٣٣) (قوله: من حيث إنه موت) أما إذا كان المقصود من ذكره غيره مما تقام عليه البيّنة فيكون هو محل النزاع، فيدخل تحت القضاء كمسألة دعوى الميراث، فإن المقصود من تاريخ الموت تقدم الملك، كمسألة دعوى الوكالة، فإن المقصود منه انعزال الوكيل. (٢٦٣٣٤) (قوله: فإنه من حيث هو محل للنزاع) قدّمنا^(١) وجهه في عبارة "الأجناس".

مطلب في القضاء بشهادة الزور

(٢٦٣٣٥) (قوله: وينفذ القضاء بشهادة الزور) قيد بها لأنه لو ظهر الشهود عبيداً، أو كُفّاراً، أو محدودين في قذف لم ينفذ إجماعاً؛ لأنها ليست بحجة أصلاً بخلاف الفساق على ما عُرِفَ؛ وإمكان الوقوف عليهم، فلم تكن شهادتهم حجة، "بحر"^(٢)، ثم قال^(٣): ((وفي "القنية"^(٤)): ادّعى عليه جارية أنه اشتراها بكذا فأنكر، فحلف فنكل، فقضي عليه بالنكول تحل الجارية للمدعي ديانة وقضاء كما في شهادة الزور. اهـ. فعلى هذا: القضاء بالنكول كالقضاء بشهادة الزور)) اهـ. (٢٦٣٣٦) (قوله: ظاهراً وباطناً) المراد بالنفاذ ظاهراً: أن يُسَلَّم القاضي المرأة إلى الرجل، ويقول: سلّمي نفسك إليه فإنه زوجك، ويقضي بالنفقة والقسم. وبالنفاذ باطناً: أن يحلّ له وطؤها، ويحلّ لها التمكن فيما بينها وبين الله تعالى، "ط"^(٥).

(٢٦٣٣٧) (قوله: حيث كان المحل قابلاً إلخ) شرطان للنفاذ، ويأتي^(٦) في كلام "الشارح" مُحْتَرَزُهُمَا.

(قوله: فعلى هذا: القضاء بالنكول كالقضاء بشهادة الزور) إنما يظهر أنه كالقضاء بشهادة الزور على أنه بذل، وعلى أنه إقرار لا يظهر، فإن القضاء في الإقرار قضاء إعانة، فهو بمنزلة الفتوى.

(١) المقلّة [٢٦٣٢٢] قوله: ((لا تُقَلِّ)).

(٢) "البحر": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ١٥/٧.

(٣) "القنية": كتاب أدب القاضي - باب ما يُقَضُّ به القضاء وما لا يُقَضُّ إلخ ق ١٣٠/أ، نقلاً عن القاضي عبد الجبار.

(٤) "ط": كتاب القضاء - فصل في الحبس ١٩٦/٣.

(٥) ص ٤٦٠ - "در".

والقاضي غير عالم بزورهم (في العقود) ك: بيع، ونكاح (والفسوخ) ك: إقالة، وطلاق؛ لقول "علي" رضي الله تعالى عنه لتلك المرأة:

[٢٦٣٣٨] (قوله: في العقود) أطلقها فشمِل عُقُودُ التَّبَرُّعاتِ، قالوا: وفي الهبة [٢٦١٨٣/٣] والصَّدَقَةُ روايتان، وكذا في البيع بأقل من قيمته، في رواية: لا ينفذ باطنًا؛ لأنَّ القاضي لا يملك إنشاء التَّبَرُّعاتِ في ملك الغير، والبيع بأقل تبرُّع من وجه، "بحر" (١).

[٢٦٣٣٩] (قوله: ك: بيع، ونكاح) فلو قضى ببيع أمة بشهادة زور حلَّ للمُنْكَرِ وطوها، وكذا لو ادَّعى على امرأة نكاحاً وهي حادثة، أو بالعكس، وقضى بالنكاح كذلك حلَّ للمدَّعي الوطء ولها التَّمَكُّينُ عنده، "بحر" (٢).

[٢٦٣٤٠] (قوله: والفسوخ) أراد بها ما يرفعُ حُكْمَ العقدِ فيشمِلُ الطَّلَاقَ، ومن فروعيها: ادَّعت أنه طلقها ثلاثاً وهو يُنْكَرُ، وأقامت بينة زور فقضى بالفرقة، فتزوجت. بآخر بعد العدة حلَّ له وطوها عند الله تعالى وإن عِلِمَ بحقيقة الحال، وحلَّ لأحد الشاهدين أن يتزوجها ويطأها، ولا يحلُّ للأول وطوها، ولا يحلُّ لها تمكينه، "بحر" (٣).

[٢٦٣٤١] (قوله: لقول "علي" إلخ) قال "محمد" رحمه الله تعالى في "الأصل" (٣): ((ينبغي عن "علي" كرم الله وجهه أن رجلاً أقام عنده بينة على امرأة أنه تزوجها، فأنكرت، فقضى له بالمرأة، فقالت: إنه لم يتزوجني، فأما إذا قضيت عليّ فجذد نكاحي، فقال: لا أُجذد نكاحك، الشاهدان زوجاك))، قال: ((وبهذا نأخذ، فلو لم ينعقد النكاح بينهما باطنًا بالقضاء لما امتنع من تجديد العقد عند طلبها ورغبة الزوج فيها، وقد كان في ذلك تحصيلها من الزنا وصيانة مائه)) اهـ من رسالة العلامة "قاسم" المؤلفة في هذه المسألة (٤).

(قوله: فلو قضى ببيع أمة بشهادة زور حلَّ للمُنْكَرِ وطوها) وهو المشتري، بأن كانت الدعوى من قبيل البائع والمشتري يُنْكَرُ.

(١) "البحر": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ١٥/٧.

(٢) "البحر": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ١٤/٧.

(٣) لم نثر على هذا النقل فيما هو مطبوع من كتاب "الأصل".

(٤) لم نثقف عليها.

((شَاهِدَاكَ زَوْجَاكَ))^(١)، وَقَالَا "وَزَفْرٌ" وَ"الثَّلَاثَةُ"^(٢): ظَاهِرًا فَقَطْ، وَعَلَيْهِ الْفَتْوَى،
 "شُرْبُلَالِيَّةٌ"^(٣) عَنْ "الْبَرْهَانِ"،

وَقَوْلُهُ: ((وَبِهَذَا نَأْخُذُ)) دَلِيلٌ لِمَا حَكَاهُ "الطَّحَاوِيُّ"^(٤): ((مَنْ أَلَّ قَوْلَ "مُحَمَّدٍ" كَقَوْلِ "أَبِي حَنِيفَةَ")).
 ٢٦٣٤٢١ (قَوْلُهُ: ظَاهِرًا فَقَطْ) أَي: يَنْفُذُ ظَاهِرًا لَا بَاطِنًا، لِأَنَّ شَهَادَةَ الزَّوْرِ حُجَّةٌ ظَاهِرًا
 لَا بَاطِنًا، فَيَنْفُذُ الْقَضَاءُ كَذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْقَضَاءَ يَنْفُذُ بِقَدْرِ الْحُجَّةِ، "دَرَرٌ"^(٥).
 ٢٦٣٤٣١ (قَوْلُهُ: وَعَبِهُ الْفَتْوَى) نَقْنَهُ أَيْضًا فِي "الْقَهْطَسْتَانِي"^(٦) عَنْ "اِحْقَاتِي"^(٧)، وَفِي "الْبَحْرِ"^(٨)
 عَنْ "أَبِي اللَّيْثِ"، لَكِنْ قَالَ^(٩): ((وَفِي "الْفَتْحِ"^(١٠) مِنَ النِّكَاحِ: وَقَوْلُ "أَبِي حَنِيفَةَ" هُوَ الْوَجْهُ)). اهـ.

(١) قَالَ الْجَسَّاصُ فِي "أَحْكَامِ الْقُرْآنِ" ٣١٤/١: ذَكَرَ أَبُو يُونُسَ عَنْ عَمْرِو بْنِ أَبِي الْمِقْدَامِ عَنْ أَبِيهِ: ((أَنَّ رَجُلًا مِنْ
 الْحَمِي خَطَبَ امْرَأَةً وَهُوَ دُونُهَا فِي الْحَسَبِ، فَأَبَتْ أَنْ تَزَوِّجَهُ، فَأَدَّعَى أَنَّهُ تَزَوَّجَهَا وَأَقَامَ شَاهِدَيْنِ عِنْدَ عَلِيٍّ، فَقَالَتْ:
 إِنِّي لَمْ أَتَزَوَّجْهُ: قَالَ: قَدْ زَوَّجْتِ الشَّاهِدَيْنِ، فَأَمْضَى عَلَيْهِمَا النِّكَاحَ)).
 قَالَ أَبُو يُونُسَ: وَكَتَبَ إِلَى شُعْبَةَ بْنِ الْحَجَّاجِ بِرَوِيهِ عَنْ زَيْدٍ: أَنَّ رَجُلَيْنِ شَهِدَا عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ
 بِزُورٍ، فَفَرَّقَ الْقَاضِي بَيْنَهُمَا ثُمَّ تَزَوَّجَهَا أَحَدُ الشَّاهِدَيْنِ قَالَ الشَّعْبِيُّ: ذَلِكَ جَائِزٌ.
 وَعَمَرُو بْنُ أَبِي الْمِقْدَامِ: هُوَ عَمَرُو بْنُ ثَابِتٍ بْنِ هُرْمُزٍ، رَافِضِيٌّ حَبِيبُ السُّلُوفِ، وَلِذَلِكَ تَرَكَهُ ابْنُ الْمُبَارَكِ
 وَالنَّسَائِيُّ وَمَعَ ذَلِكَ قَالَ أَبُو حَاتِمٍ: ضَعِيفُ الْحَدِيثِ، يُكْتَبُ حَدِيثُهُ، كَانَ رَدِيءَ الرَّأْيِ شَدِيدَ التَّشْيِيعِ، قَالَ
 الْبُخَارِيُّ: لَيْسَ بِالْقَوِيِّ عِنْدَهُمْ. وَاللَّهُ أَعْلَمُ.
 أَمَّا أَبُوهُ ثَابِتُ بْنُ هُرْمُزٍ: فَفَقَّهٌ، وَثَقَّةُ النَّسَائِيِّ وَيَعْقُوبُ بْنُ سَفْيَانَ وَابْنُ الْمَدِينِيِّ وَأَحْمَدُ بْنُ صَالِحٍ وَزَادَ: كَانَ
 شَيْخًا عَالِمًا صَاحِبَ سُنَّةٍ، سَمِعَ سَعِيدَ بْنَ جُبَيْرٍ وَزَيْدَ بْنَ وَهْبٍ وَحَبَّةَ الرَّثَمِيِّ وَطَبَقَتَهُمْ، فَلَمْ يَكُنْ يُدْرِكُ عَلِيًّا.
 (٢) "الْمَغْنِي" كِتَابُ الْقَضَاءِ - فَصْلُ: حُكْمُ الْحَاكِمِ لَا يَزِيلُ الشَّيْءَ عَنْ صِفَتِهِ ٥٣٦/١٣ وَمَا بَعْدَهَا. "نَهَايَةُ الْمُحْتَاجِ": كِتَابُ
 الْقَضَاءِ - فَصْلُ فِي آدَابِ الْقَضَاءِ وَغَيْرِهَا ٢٥٨/٨. "بَدَايَةُ الْمُحْتَنِدِ وَنَهَايَةُ الْمُقْتَصِدِ": كِتَابُ الْأَقْضِيَةِ - الْبَابُ الثَّانِي فِي
 مَعْرِفَةِ مَا يَقْضَى بِهِ ٤٦١/٢.

(٣) "الشَّرْبُلَالِيَّةُ": كِتَابُ الْقَضَاءِ ٤٠٩/٢ (هَامِشُ "الدَّرَرِ وَالْغَرَرِ").

(٤) لَمْ نَعْرِ عَلَى الْمَسْأَلَةِ فِيمَا بَيْنَ أَبَدَيْنَا مِنْ كِتَابِ الطَّحَاوِيِّ.

(٥) "الدَّرَرِ وَالْغَرَرِ": كِتَابُ الْقَضَاءِ ٤٠٩/٢.

(٦) "جَامِعُ الرُّمُوزِ": كِتَابُ الْقَضَاءِ ٢٣٠/٢.

(٧) "حَقَائِقُ الْمَنْظُومَةِ": كِتَابُ أَدَبِ الْقَاضِي ٧٩/ب.

(٨) "الْبَحْرُ": كِتَابُ الْقَضَاءِ - بَابُ كِتَابِ الْقَاضِي إِلَى الْقَاضِي وَغَيْرِهِ ١٤٧/٧.

(٩) "الْفَتْحُ": كِتَابُ النِّكَاحِ - فَصْلُ فِي بَيَانِ الْمَحْرَمَاتِ ١٥٦/٣.

(بخلاف الأملاك المرسلة) أي: المطلقة عن ذكر سبب الملك فظاهراً فقط إجماعاً؛
لتزاحم الأسباب،.....

قلت: وقد حقق العلامة "قاسم" في "رسالته" قول "الإمام" بما لا مزيد عليه، ثم أورد عليه إشكالاً وأجاب عنه، وعليه المتوُّ.

[٢٦٣٤٤] (قوله: بخلاف الأملاك المرسلة) وهي التي لم يُذكر لها سبب مُعَيَّن؛ فإنَّهم أجمعوا أنَّه ينفذ فيها ظاهراً لا باطناً؛ لأنَّ الملك لا بدَّ له من سبب، وليس بعض الأسباب بأولى من البعض؛ لتزاحمها، فلا يمكن إثبات السبب سابقاً على القضاء بطريق الاقتضاء، وفي النكاح والشراء يتقدَّم النكاح والشراء تصحيحاً للقضاء، "درر"^(١). قال في "البحر"^(٢): ((ولو حذف ((الأملاك)) لكان أولى؛ ليشمل ما إذا شهدوا بزور بدَّين لم يُبينوا سببه، فإنه لا ينفذ، وفي حكم المرسلة الإرث كما يأتي، وظاهر اقتصاره عليها أنه لا ينفذ باطناً في النسب إجماعاً كما في "المحيط" عن بعض المشايخ، ونصَّ "الحصاف"^(٣) على أنه ينفذ عند "أبي حنيفة"، ففيه روايتان عنه، والشهادة بعين الأمة كالشهادة بطلاق المرأة، وينبغي أن تكون بالوقف كالعتيق، ولم أر نقلاً في الشهادة بأنَّ الوقف ملك، أو بتزوير شرائط الوقف، أو أنَّ الواقف أخرج فلاناً وأدخل فلاناً زوراً إذا اتصل به القضاء.

وظاهر "الهديّة"^(٤): أنَّ ما عدا الأملاك المرسلة ينفذ باطناً، وإذا قلنا بأنَّ الوقف من قبيل الإسقاط فهو كالطلاق والعتاق)) اهـ مُلخصاً.

[٢٦٣٤٥] (قوله: فظاهراً فقط إجماعاً) فلا يحلُّ للمقضيِّ له الوطء، والأكل، واللبس، وحلَّ للمقضيِّ عليه، لكنَّ يفعل ذلك سراً، وإلا فسَّقه النَّاسُ، "بحر"^(٥).

(١) "الدرر والغرر": كتاب القضاء ٤٠٩/٢.

(٢) "البحر": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ١٥/٧ - ١٦.

(٣) انظر "مصرح أدب القاضي" للصدر الشهيد: الباب التاسع والأربعون في ما يُجْلَه قضاء القاضي وما لا يُجْلَه ١٨٢/٣.

(٤) "الهديّة": كتاب النكاح - فصل في بيان المحرمات ١٩٦/١.

(٥) "البحر": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ١٦/٧.

حتَّى لو ذَكَرَا سَبباً مُعَيَّناً فعلى الخلاف: إِنْ كَانَ سَبباً يُمَكِّنُ إِنْشَاؤَهُ، وَإِلَّا لَا يَنْفُذُ اتِّفَاقاً كَالْإِرْثِ، وَكَمَا لَوْ كَانَتِ الْمَرْأَةُ مُحَرَّمَةً بِنَحْوِ عِدَّةٍ أَوْ رِدَّةٍ، وَكَمَا لَوْ عَلِمَ الْقَاضِي بِكَذِبِ الشَّهَوْدِ حَيْثُ لَا يَنْفُذُ أَصلاً كَالْقَضَاءِ بِالْيَمِينِ الْكَاذِبَةِ، "زِيلَعِي"^(١)، وَنِكَاحِ "الْفَتْحِ"^(٢).....

[٢٦٣٤٦] (قوله: إِنْ كَانَ سَبباً يُمَكِّنُ إِنْشَاؤَهُ) كَالْيَمِينِ، وَالنِّكَاحِ، وَالْإِجَارَةِ.

[٢٦٣٤٧] (قوله: كَالْإِرْثِ) فَإِنَّهُ وَإِنْ كَانَ مِلْكاً بِسَبَبٍ لَكِنَّهُ لَا يُمَكِّنُ إِنْشَاؤَهُ، فَلَا يَنْفُذُ الْقَضَاءُ بِالشَّهَوْدِ زُوراً فِيهِ بَاطِناً اتِّفَاقاً، "بَحْر"^(٣)، قَالَ^(٤): ((وَسَيَاتِي الْاِخْتِلَافُ فِي بَابِ اِخْتِلَافِ الشَّاهِدِينَ فِي أَنَّهُ مُطْلَقٌ أَوْ بِسَبَبٍ، وَالْمَشْهُورُ الْأَوَّلُ، وَاخْتَارَ فِي "الْكَنْزِ"^(٥) الثَّانِي)).

[٢٦٣٤٨] (قوله: وَكَمَا لَوْ كَانَتِ الْمَرْأَةُ مُحَرَّمَةً إِلَى الْخ) هَذَا مُحْتَرَزُ قَوْلِهِ: ((حَيْثُ كَانَ الْمَحَلُّ قَابِلاً)) اهـ "ح"^(٥). فَإِذَا ادَّعَى أَنَّهَا زَوْجَتُهُ، وَاتَّبَعَتْ ذَلِكَ بِشَهَادَةِ الزُّورِ وَهُوَ [٢/٢١٨٣/٣] يَعْلَمُ أَنَّهَا مُحَرَّمَةٌ عَلَيْهِ بِكَوْنِهَا مَنْكُوحَةُ الْغَيْرِ أَوْ مُعْتَدَّةً، أَوْ بِكَوْنِهَا مَرْتَدَّةٌ فَإِنَّهُ لَا يَنْفُذُ بَاطِناً اتِّفَاقاً؛ لِأَنَّهُ وَإِنْ كَانَ الْمِلْكُ بِسَبَبٍ لَكِنْ لَا يُمَكِّنُ إِنْشَاؤَهُ، وَأَمَّا ظَاهِراً فَلَا شَكَّ فِي نَفَاذِهِ كَسَائِرِ الْأَحْكَامِ بِشَهَادَةِ الزُّورِ فِي غَيْرِ الْعُقُودِ وَالْفُسُوحِ، وَلَيْسَ الْمُرَادُ بِنَفَاذِهِ ظَاهِراً حِلَّ الْوِطْءِ لَهُ وَحِلَّ تَمَكِّيْنِهَا مِنْهُ، بَلْ أَمْرُ الْقَاضِي لَهَا بِهِ، أَمَّا الْحِلُّ فَهُوَ قَرُوعُ نَفَاذِهِ بَاطِناً، وَبِمَا قَرَّرْنَاهُ ظَهَرَ أَنَّهُ كَالْإِرْثِ، فَافْهَمْ.

[٢٦٣٤٩] (قوله: وَكَمَا لَوْ عَلِمَ الْقَاضِي إِلَى الْخ) مُحْتَرَزُ قَوْلِهِ: ((وَالْقَاضِي غَيْرَ عَالِمٍ بِزُورِهِمْ)).

وَالظَّاهِرُ: أَنَّهُ هُنَا لَا يَنْفُذُ ظَاهِراً كَمَا لَا يَنْفُذُ بَاطِناً؛ لَعَدَمِ شَرْطِ الْقَضَاءِ، وَهُوَ الشَّهَادَةُ الصَّادِقَةُ فِي زَعْمِ الْقَاضِي، تَأَمَّلْ.

[٢٦٣٥٠] (قوله: كَالْقَضَاءِ بِالْيَمِينِ الْكَاذِبَةِ) مُحْتَرَزُ قَوْلِ "الْمَنْ": ((بِشَهَادَةٍ)). قَالُوا:

(١) "تبيين الحقائق": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ١٩٠/٤ - ١٩١ - بتصرف.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح - فصل في بيان المحرمات ١٥٥/٣.

(٣) "البحر": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ١٦/٧.

(٤) انظر "شرح العيني على الكنز": كتاب الشهادات - باب الاختلاف في الشهادة ١٠٩/٢.

(٥) "ح": كتاب القضاء - فصل في الحبس ٣٠٨/ب.

لَوِ ادَّعَتْ أَنَّ زَوْجَهَا أَبَانَهَا بَثَلَاثَ فَأُنْكَرَ، فَحَلَفَهُ الْقَاضِي فَحَلَفَ وَالْمَرْأَةُ تَعْلَمُ أَنَّ الْأَمْرَ كَمَا قَالَتْ لَا يَسَعُهَا الْمَقَامُ مَعَهُ، وَلَا أَنَّ تَأْخُذَ مِنْ مِيرَاثِهِ شَيْئاً، وَهَذَا لَا يُشْكَلُ إِذَا كَانَ ثَلَاثاً؛ لِطُلَانِ الْمَحْلِيَّةِ لِلْإِنْشَاءِ قَبْلَ زَوْجٍ آخَرَ، وَفِيمَا دُونَ الثَّلَاثِ مُشْكَلٌ؛ لِأَنَّهُ يَقْبَلُ الْإِنْشَاءَ. وَأُجِيبَ: بِأَنَّهُ إِنَّمَا يَثْبُتُ إِذَا قُضِيَ الْقَاضِي بِالنِّكَاحِ، وَهَنَا لَمْ يَقْضَ بِهِ؛ لِاعْتِرَافِهِمَا بِهِ، وَإِنَّمَا ادَّعَتْ الْفُرْقَةَ، "زَيْلَعِي"^(١). وَفِي "الْخُلَاصَةِ"^(٢): ((وَلَا يَحِلُّ وَطُوهَا إِجْمَاعاً))، "بَحْر"^(٣).

قُلْتُ: وَالظَّاهِرُ أَنَّ عَدَمَ النِّفَازِ هُنَا فِي الْبَاطِنِ فَقَطْ، تَأْمَلْ.

مَطْلَبٌ مَهْمٌ: الْمَقْضِيُّ لَهُ أَوْ عَلَيْهِ يَتَّبِعُ رَأْيُ الْقَاضِي وَإِنْ خَالَفَ رَأْيَهُ

(تَنْبِيْهُ)

أَشَارَ "الْمَصْنَفُ" إِلَى أَنَّ قَضَاءَ الْقَاضِي يُجِلُّ مَا كَانَ حَرَاماً فِي مُعْتَقَدِ الْمَقْضِيِّ لَهُ، وَلِذَا قَالَ فِي "الْوَلَوَالِجِيَّةِ"^(٤): ((وَلَوْ قَالَ لَهَا: أَنْتَ طَالِقٌ أَلْبَنَةً، فِخَاصَمَهَا إِلَى قَاضٍ يَرَاهَا رَجْعِيَّةً بَعْدَ الذُّخُولِ،

(قَوْلُهُ: تَنْبِيْهُ أَشَارَ "الْمَصْنَفُ" إِلَى أَنَّ قَضَاءَ الْقَاضِي (الْخ) مَا فِي هَذَا التَّنْبِيْهِ يَحْتَاجُ لَتَحْرِيرِ، وَالَّذِي فِي "الْخُلَاصَةِ" مِنَ الْفَصْلِ الرَّابِعِ مِنَ الْقَضَاءِ: ((رَجُلٌ قَالَ لَامْرَأَتِهِ: أَنْتَ طَالِقٌ أَلْبَنَةً، وَنَوَى وَاحِدَةً بَائِنَةً أَوْ رَجْعِيَّةً، فَقَضَى الْقَاضِي بِكُونِهَا ثَلَاثاً أَخْذاً بِقَوْلِ "عَلِيٍّ" رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ نَفَذَ الْقَضَاءَ ظَاهِراً وَبَاطِناً، وَبَعْدَ ذَلِكَ: إِنْ كَانَ الزَّوْجُ فَقِيهاً مُجْتَهِداً يَتَّبِعُ رَأْيَ الْقَاضِي عِنْدَ "مُحَمَّدٍ"، وَعِنْدَ "أَبِي يَوْسُفَ": إِنْ كَانَ مَقْضِيّاً عَلَيْهِ يَتَّبِعُ رَأْيَ الْقَاضِي، وَإِنْ كَانَ مَقْضِيّاً لَهُ يَتَّبِعُ أَشَدَّ الْأَمْرَيْنِ، حَتَّى لَوْ قُضِيَ لَهُ بِالرَّجْعَةِ وَهُوَ يَعْتَقِدُهَا بَائِناً يَأْخُذُ بِالْبَائِنِ، وَإِنْ كَانَ عَامِياً وَاسْتَفْتَى فَمَا أَفْتَاهُ الْفَتَى صَارَ عِنْدَهُ كَالثَّابِتِ بِالْإِجْتِهَادِ، وَإِنْ كَانَ لَا رَأْيَ لَهُ فِي تَقْدِيمِ بَعْضِ الْفُقَهَاءِ وَلَمْ يَسْتَفْتِ يَأْخُذْ بِمَا قُضِيَ)) اهـ.

(١) "تبين الحقائق": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ١٩١/٤ بتصرف.

(٢) "الخلاصة": كتاب القضاء - الفصل الرابع في القضاء بعلم القاضي ٢٠١/٢.

(٣) "البحر": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ١٥٧.

(٤) "الولوالجية": كتاب القضاء - الفصل الأول فيما ينفذ قضاء القاضي وفيما لا ينفذ ١٥٤.

(قضى في مُحْتَهَدٍ فيه بخلافٍ رأيهِ)

فقضى بكونها رجعيةً، والزَّوْجُ يرى أنَّها بائنةٌ أو ثلاثٌ فإنه يتَّبِعُ رأيَ القاضي عند "محمَّد"، فيَجِلُّ له المقامُ معها، وقيل: إنه قولُ "أبي حنيفة"، وعلى قولِ "أبي يوسف" لا يَجِلُّ، وإن رُفِعَ إلى قاضي آخرَ لا يَنْقُضُهُ وإن كان خلافَ رأيهِ، وهذا إذا قضى له، فإن قضى عليه بالبينونة أو الثلاث والزَّوْجُ لا يَرَاهُ يتَّبِعُ رأيَ القاضي إجماعاً، وهذا كنه إذا كان الزَّوْجُ له رأيٌ واجتهادٌ، فلو عمياً اتَّبَعَ رأيَ القاضي، سواء قضى له أو عليه، هذا إذا قضى، أما إذا أفتى له فهو على الاختلافِ السَّابِقِ؛ لأنَّ قولَ المفتي في حقِّ الجاهل بمنزلة رأيهِ واجتهادِهِ)) اهـ "بجر"^(١).

قلتُ: وقولُهُ: ((فلو عمياً))، المراد به غيرُ المحتهدِ بدليلِ المقابلةِ، فيشملُ العالمَ والجاهلَ، تأملُ. قال في "الفتح"^(٢): ((والوجهُ عندي قولُ "محمَّد"؛ لأنَّ اتِّصالَ القضاءِ بالاجتهادِ الكائنُ للقاضي يُرْجِّحُهُ على اجتهادِ الزَّوْجِ، والأخذُ بالرَّاجِحِ مُتَعَيِّنٌ، وكونُهُ لا يَرَاهُ حلالاً إنما يَمَنَعُهُ^(٣) مِنَ الْقُرْبَانِ قَبْلَ الْقَضَاءِ، أَمَا بَعْدَهُ وَبَعْدَ نَفَاذِهِ بَاطِلاً فَلَا)) اهـ.

مطلب في قضاء القاضي بغير مذهبه

[٢٦٣٥١] (قوله: قضى في مُحْتَهَدٍ فيه) أي: في أمرٍ يسوغُ الاجتهادُ فيه، بأن لم يكن مُخَالَفاً

ثم رأيتُ عبارةَ "الولوالجَّة" مِنَ الْفَصْلِ الْأَوَّلِ بِقَوْلِهِ: ((القاضي إذا قضى في فصلٍ مُحْتَهَدٍ فيه: إن كان القضاء عليه ينفذُ، سواء كان الْمُقْضَى عليه جاهلاً أو علماً له رأيٌ بخلافِهِ، وإن قضى له: إن كان الْمُقْضَى له جاهلاً لا رأي له ينفذُ القضاء، وإن علماً له رأيٌ بخلافِهِ عند "أبي يوسف" لا ينفذُ، وعند "أبي حنيفة" و"محمَّد" ينفذُ؛ لما ذكرنا قبلَ هذا، فإن كان الْمُقْضَى له جاهلاً لَكِنْ اسْتَفْتَى فَأَفْتَى لَهُ مُنْتِ^(٤) هو أَفْقَهُ وَأَعْلَمُ مِنَ الْقَاضِي فَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ أَيْضاً عَلَى الْاِخْتِلَافِ؛ لأنَّ الْفَتْوَى فِي حَقِّ الْجَاهِلِ بِمَنْزِلَةِ رَأْيِهِ وَاجْتِهَادِهِ، فَصَارَ هَذَا عَيْنَ تِلْكَ الْمَسْأَلَةِ، وَتَمَّتْ عَلَى الْاِخْتِلَافِ فَكَذَا هَذَا)) اهـ. وبهذا يَتَضَيِّحُ الْحَالُ، وَيُعْلَمُ الْمُرَادُ بِعِبَارَةِ "الولوالجَّة" الَّتِي نَقَلَهَا فِي "البحر".

(١) "البحر": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ١٦/٧.

(٢) "الفتح": كتاب أدب القاضي - باب كتاب القاضي إلى القاضي - فصل آخر ٤٠٠/٦.

(٣) في "م" ((يمنع)).

(٤) في مطبوعة "التقريرات": ((مف))، وهو خطأ.

أي: مذهبه،

للدليل كما مر^(١) بيانه، وقوله: ((بخلاف رأيي)) متعلق بـ ((قضى)).

وحاصل هذه المسألة: أنه يشترط لصحة القضاء أن يكون موافقاً لرأيه، أي: لمذهبه، مُجتهداً كان أو مُقلداً، فلو قضى بخلافه لا ينفذ، لكن في "البدائع"^(٢): ((أنه إذا كان مُجتهداً ينبغي أن يصح، ويُحمل على أنه اجتهد فأداه اجتهاده إلى مذهب الغير))، ويُؤيده ما قدمناه^(٣) عن رسالة العلامة "قاسم" مُستديلاً بما في "السير الكبير"، فراجع، وبه يندفع تعجب صاحب "البحر"^(٤) من صاحب "البدائع".

واعلم أن هذه المسألة غير مسألة اشتراط كون القاضي عالماً بالخلاف كما نبهنا عليه سابقاً^(٥).

مطلب: حكم الحنفي بمذهب "أبي يوسف" أو "محمد" حكم بمذهبه

(قوله: أي: مذهبه) أي: أصل المذهب كالحنفي إذا حكم على مذهب "الشافعي"

(قوله: أي: أصل المذهب كالحنفي) ما ذكره في "الدرر" إحدى طريقتين، ففي "ادب المفتي" للسيد محمد صديق حسن خان ما نصه: ((وقد اختلف الحنفية في "أبي يوسف" و"محمد" و"زفر بن الهذيل"، والشافعية في "الزمني" و"ابن شريح"^(٦) و"ابن المنذر" و"محمد بن نصر المروزي"، والمالكية في "أشهب بن عبد الحكيم"^(٧) و"ابن القاسم" و"وهب"، والحنابلة في "أبي حاتم" و"القاضي"، هل كان هؤلاء مُستقلين^(٨) بالاجتهاد أو مُقتدين بمذاهب أئمتهم؟ على قولين، ومن تأمل أحوال هؤلاء وفناوهم واختياراتهم علم أنهم لم يكونوا مُقلدين لأئمتهم في كل ما قالوه، وخلافهم لهم أظهر من أن ينكر وإن كان منهم المستقل والمستكر، ورثة هؤلاء دون الأئمة في الاستقلال بالاجتهاد)).

(١) ص ٤٣١ - "در".

(٢) "البدائع": كتاب آداب القاضي - فصل: وأما شرائط القضاء فأنواع أربعة ٥/٧.

(٣) المقولة [٢٦٢٨١] قوله: ((عالمًا باختلاف الفقهاء فيه إلخ)).

(٤) "البحر": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٩/٧.

(٥) المقولة [٢٦٢٨١] قوله: ((عالمًا باختلاف الفقهاء فيه إلخ)).

(٦) لم نجد في فقهاء الشافعية من عرف بابن شريح، ولعله تحريف عن ابن شريح، انظر "طبقات الشافعية": ٢١/٢.

(٧) لعل صواب العبارة: أشهب وابن عبد الحكم، فقيهان مالكيان مشهوران، الأول: أشهب بن عبد العزيز (ت ٢٠٤هـ) والثاني: عبد الله بن الحكم (وليس الحكيم) (ت ٢١٤هـ) انظر "شجرة النور الزكية" ص ٥٩.

(٨) في مطبوعة "التقريرات": ((مستقلين))، وهو خطأ.

"مجمع" و"ابن كمال" (لا ينفذ مُطلقاً) ناسياً أو عامداً عندهما والأئمة الثلاثة، (وبه يفتي)، "مجمع" و"وقاية"^(١) و"ملتقى"^(٢)، وقيل: بالنفاذ يفتي.....

أو نحوهِ، أو بالعكس، وأما إذا حكَمَ الحنفِيُّ بمذهب "أبي يوسف" أو "محمد" أو نحوهما من أصحاب "الإمام" فليس حكماً بخلاف رأيه، "ذرر"^(٣)، أي: لأنَّ أصحاب "الإمام" ما قالوا يقولُ إلّا قد قال به "الإمام" كما أوضحتُ ذلك في "شرح منظومتي" في "رسم المفتي"^(٤) عند قولِي فيها:

واعلمَ بأنَّ عن أبي حنيفة جاءت رواياتُ غدتْ مُنيفة

اختارَ منها بعضُها والباقي يختارُ منه سائرُ الرِّفاق^(٥) ٢/٢١٩ق/٣

فلم يكنْ لغيرِهِ جوابُ كما عليه أقسمُ^(٦) الأصحابُ

[٢٦٣٥٣] (قوله: و"ابن كمال") قال في "شرحه": ((لم يقل: بخلاف رأيه لإيهامه أن يكونَ الكلامُ في المجتهدِ خاصَّةً، وليس كذلك)).

[٢٦٣٥٤] (قوله: لا ينفذُ مُطلقاً إلخ) قال في "الفتح"^(٧): ((لو قضَى في المجتهدِ فيه ناسياً^(٨) لمذهبه مخالفاً لرأيه نفذَ عند "أبي حنيفة" روايةً واحدةً، وإنَّ كانَ عامداً ففيه روايتان، وعندهما: لا ينفذُ في الوجهين، أي: وجهي النسيانِ والعمدِ، والفتوى على قولهما، وذكرَ في "الفتاوى الصغرى":

٣٣٤/٤

(١) انظر "شرح الوقاية": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي ٦٩/٢ (هامش "كشف الحقائق").

(٢) "ملتقى الأبحر": كتاب القضاء - فصل: ويجوز قضاء المرأة ٧٦/٢.

(٣) "الدرر والغرر": كتاب القضاء ٤١٠/٢.

(٤) "شرح منظومة رسم المفتي": ٢٤/١ (ضمن "مجموع رسائل ابن عابدين").

(٥) في "الأصل": ((الآفاق))، وما أثبتناه من بقية النسخ موافق لما في "رسالة ابن عابدين" رحمه الله.

(٦) في "الأصل" و"ب": ((قد أقسم))، وما أثبتناه من "أ" و"م" هو الصواب الموافق لما في رسالة ابن عابدين رحمه الله؛ ليصحَّ الوزنُ كما لا يخفى، وقد أشار إلى ذلك مصحِّح "ب".

(٧) "الفتح": كتاب أدب القاضي - باب كتاب القاضي إلى القاضي - فصل آخر ٣٩٦/٦ - ٣٩٧ بتصرف.

(٨) في "م": ((ناسياً)) بالباء الموحدة، وهو خطأ.

وفي "شرح الوهبانية" لـ "الشربلالية": ((قضى مَنْ ليس مُحْتَجِّدًا كحَفِيَّةٍ زَمَانًا،))

أَنَّ الْفَتَوَى عَلَى قَوْلِهِ، فَقَدْ اخْتَلَفَ فِي الْفَتَوَى، وَالْوَجْهُ فِي هَذَا الزَّمَانِ أَنْ يَفْتَى بِقَوْلِهِمَا؛ لِأَنَّ التَّارِكَ لِمَذْهَبِهِ عَمْدًا لَا يَفْعَلُهُ إِلَّا لَهْوَى بَاطِلٍ لَا لِقَصْدٍ جَمِيلٍ، وَأَمَّا النَّاسِي فَلَأَنَّ الْمُقَدَّ مَا قَلَّدَهُ إِلَّا لِيَحْكُمَ بِمَذْهَبِهِ لَا بِمَذْهَبِ غَيْرِهِ، هَذَا كُلُّهُ فِي الْقَاضِي الْمُحْتَجِّدِ، فَأَمَّا الْمُقَدِّ فَإِنَّمَا وَلَاهُ لِيَحْكُمَ بِمَذْهَبِ "أَبِي حَنِيفَةَ" فَلَا يَمْلِكُ الْمُخَالَفَةَ، فَيَكُونُ مَعْرُوضًا لِلنَّبْذَةِ إِلَى ذَلِكَ الْحُكْمِ)) اهـ. قال في "الشَّرْبِلَالِيَّة" ^(١) عَنْ "الْبَرْهَانِ": ((وَهَذَا صَرِيحُ الْحَقِّ الَّذِي يُعْضَرُ عَلَيْهِ بِالنَّوَاجِذِ)) اهـ. وقال في "النَّهْر" ^(٢): ((وَأَدْعَى فِي "الْبَحْرِ" ^(٣) أَنَّ الْمُقَدِّ إِذَا قَضَى بِمَذْهَبِ غَيْرِهِ، أَوْ بِرَوَايَةٍ ضَعِيفَةٍ، أَوْ بِقَوْلٍ ضَعِيفٍ نَفَذَ، وَأَقْوَى مَا تَمَسَّكَ بِهِ مَا فِي "الْبِرَازِيَّة" ^(٤): إِذَا لَمْ يَكُنِ الْقَاضِي مُحْتَجِّدًا وَقَضَى بِالْفَتَوَى عَلَى خِلَافِ مَذْهَبِهِ نَفَذَ، وَلَيْسَ لِغَيْرِهِ نَقْضُهُ، وَلَهُ نَقْضُهُ، كَذَا عَنْ "عُمَدٍ"، وَقَالَ "الثَّانِي": لَيْسَ لَهُ نَقْضُهُ. اهـ. وَمَا فِي "الْفَتْحِ" يَجِبُ أَنْ يُعَوَّلَ عَلَيْهِ فِي الْمَذْهَبِ، وَمَا فِي "الْبِرَازِيَّةِ" مَحْمُولٌ عَلَى رَوَايَةٍ عَنْهُمَا؛ إِذْ قُصَارَى الْأَمْرِ أَنَّ هَذَا مُنْزَلٌ مِنْزِلَةَ النَّاسِي لِمَذْهَبِهِ، وَقَدْ مَرَّ ^(٥) عَنْهُمَا فِي الْمُحْتَجِّدِ أَنَّهُ لَا يَنْفَذُ، فَاَلْمُقَدِّ أَوْلَى)) اهـ مَا فِي "النَّهْرِ"، وَيَأْتِي قَرِيبًا ^(٦) مَا يُؤَيِّدُهُ. [٢٦٣٥٥] (قَوْلُهُ: مَنْ لَيْسَ مُحْتَجِّدًا) وَكَذَا الْمُحْتَجِّدُ كَمَا مَرَّ ^(٧) فِي كَلَامِ "الْفَتْحِ".

(قَوْلُهُ: وَكَذَا الْمُحْتَجِّدُ كَمَا مَرَّ فِي كَلَامِ "الْفَتْحِ") لَيْسَ كَذَلِكَ، بَلِ الْمُحْتَجِّدُ مُحَلٌّ خِلَافٍ، فَصَحَّتْ حِكَايَةُ الْإِتِّفَاقِ وَالتَّقْيِيدِ بِغَيْرِ الْمُحْتَجِّدِ، إِلَّا أَنَّ كَوْنَهُ مُحَلٌّ خِلَافٍ عَلَى إِحْدَى رَوَايَتَيْنِ، وَالرَّوَايَتَانِ عَنْ "الإمام" فِي الْمُحْتَجِّدِ خَاصَّةً، هَذَا مَا يُقَيِّدُهُ كَلَامُ "الْفَتْحِ". وَمُقْتَضَى مَا فِي "الْوَهْبَانِيَّةِ" جَرِيَانُ الْخِلَافِ فِي الْمُقَدِّ أَيْضًا، إِلَّا أَنَّ الْمُعْتَمَدَ مَا فِي "الْفَتْحِ".

(١) "الشربلالية": كتاب القضاء ٢/٤١٠ (هامش "الدرر والغرر").

(٢) "النهر": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ق ٤٣٤ ب - ٤٣٥ أ.

(٣) "البحر": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٩/٧.

(٤) "البرازية": كتاب أدب القاضي - الفصل الرابع فيما يتعلق بقضائه إلخ - نوع في علمه ١٦٧/٥ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٥) في هذه المقالة.

(٦) المقالة [٢٦٣٥٧] قوله: ((لكونه معزولاً عنه)).

(٧) المقالة [٢٦٣٥٤] قوله: ((لا ينفذ مطلقاً إلخ)).

بخلاف مذهبه عامداً لا ينفذ اتفاقاً، وكذا ناسياً عندهما، ولو قيده السلطان بصحيح مذهبه كزماننا تقيده بلا خلاف؛ لكونه معزولاً عنه)) انتهى.....

[٢١٣٥٦] (قوله: لا ينفذ اتفاقاً) هذا مبني على إحدى الروايتين عن "الإمام" في العامد، أما على رواية النفاذ فلا تصح حكاية الاتفاق.

مطلب: الحكم والفتوى بما هو مرجوح خلاف الإجماع

[٢١٣٥٧] (قوله: لكونه معزولاً عنه) أي: عن غير ما قيده به. قال "الشربلالي" في "شرح الوهبانية": ((محل الخلاف فيما إذا لم يُقيد عليه السلطان القضاء بصحيح مذهبه، وإلا فلا خلاف في عدم صحة حكمه بخلافه؛ لكونه معزولاً عنه)) اهـ "ح" (١).

قلت: وتقييد السلطان له بذلك غير قيد؛ لما قاله العلامة "قاسم" في "تصحيحه" (٢): ((من أن الحكم والفتوى بما هو مرجوح خلاف الإجماع)) اهـ. وقال العلامة "قاسم" في "فتاواه": ((وليس للقاضي المقلد أن يحكم بالضعيف؛ لأنه ليس من أهل الترجيح، فلا يعدل عن الصحيح إلا لقصد غير جميل؛ ولو حكم لا ينفذ؛ لأن قضاءه قضاءً بغير الحق؛ لأن الحق هو الصحيح، وما وقع من أن القول الضعيف يتقوى بالقضاء المراد به قضاء المجتهد كما بين في موضعه)) اهـ. وقال "ابن الغرس": ((وأما المقلد المحض فلا يقضي إلا بما عليه العمل والفتوى)) اهـ.

وقال صاحب "البحر" في بعض رسائله (٣): ((أما القاضي المقلد فليس له الحكم إلا بالصحيح المفتى به في مذهبه، ولا ينفذ قضاؤه بالقول الضعيف)) اهـ. ومثله ما قدمه "الشارح" (٤) أول كتاب القضاء، وقال: ((وهو المختار للفتوى كما بسطه المصنف في "فتاويه" وغيره))، وكذا ما نقله بعد أسطر (٥) عن "الملتقط".

(١) "ح": كتاب القضاء - فصل في الحبس ق ٣٠٨/ب.

(٢) "التصحيح والترجيح": مقدمة المؤلف ص ١٥٢.

(٣) وهي الرسالة التاسعة: "تحرير المقال في مسألة الاستبدال": ص ٩٢ - بتصرف، نقلًا عن "فتاوى العلامة قاسم".

(٤) ص ٢٧٨ - "در".

(٥) أي: بعد أسطر مما قدمه من قوله: ((وهو المختار للفتوى إلخ)) ص ٢٧٩ - ٢٨٠ - "در".

وقد غَيَّرْتُ بَيْتَ "الوهابية"، فقلتُ: [الطويل]

ولو حَكَمَ القاضي بِحُكْمٍ مُخَالَفٍ لِمَذْهِبِهِ مَا صَحَّ أَصْلًا يُسْطَرُّ.

قلتُ: وَأَمَّا الْأَمِيرُ^(١).....

[٢٦٣٥٨] (قوله: وقد غَيَّرْتُ بَيْتَ "الوهابية") وهو: [الطويل]

ولو حَكَمَ القاضي بِحُكْمٍ مُخَالَفٍ مُقَلِّدُهُ مَا صَحَّ إِنْ كَانَ يَذْكُرُ

وَبَعْضُهُمْ إِنْ كَانَ سَهْوًا أَجَارَهُ عَنْ الصَّدْرِ لَا عَنْ صَاحِبِهِ يُصَدِّرُ^(٢)

وقد أفادَ كلامُ "الوهابية" الخلافَ فيما إذا قُضِيَ به ساهياً، أي: ناسياً مذهبه، وأنه لا خلافَ فيما إذا كان ذاكيراً، وهذا على إحدى الروايتين عن "الإمام" كما عَلِمْتُ، ولَمَّا كان المَعْتَمِدُ الْمُقْتَضِي به ما ذَكَرَهُ [٢١٩٣/٣] "المصنّف" في "المتن": ((مِنْ عَدَمِ النِّفَازِ أَصْلًا))، أي: ذاكيراً أو ناسياً غَيْرَ "الشَّارِحِ" عبارةً النَّظْمِ حَازِماً بما هو المَعْتَمِدُ، فافهم. لكنَّ الأولى - كما قال "السَّائِحَانِي" - تَغْيِيرُ الشَّطْرِ الثَّانِي هَكَذَا:

لِمَعْتَمِدٍ فِي رَأْيِهِ فَهُوَ مُهْدَرٌ

مطلبٌ في أَمْرِ الْأَمِيرِ وَقَضَائِهِ

[٢٦٣٥٩] (قوله: قلتُ: وَأَمَّا الْأَمِيرُ إلخ) الذي رَأَيْتُهُ فِي سِيرِ "التَّارِخَانِيَّةِ"^(٣): ((قال "مُحَمَّدٌ":

وَإِذَا أَمَرَ الْأَمِيرُ الْعَسْكَرَ بِشَيْءٍ كَانَ عَلَى الْعَسْكَرِ أَنْ يُطِيعُوهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْمَأْمُورُ بِهِ مَعْصِيَةً)) اهـ. فقَوْلُ "الشَّارِحِ": ((نَفَذَ أَمْرَهُ))، بمعنى: وَجَبَ امْتِثَالُهُ، تَأْمَلْ. وَقَدْ مَنَّا^(٤) أَنَّ السُّلْطَانَ لَوْ حَكَمَ

(قوله: أي: ذاكيراً أو ناسياً) مُقَلِّدًا أَوْ مُجْتَهِدًا.

(قوله: لكنَّ الأولى تَغْيِيرُ الشَّطْرِ الثَّانِي إلخ) يُفِيدُ عَدَمَ النِّفَازِ أَيْضاً إِذَا قُضِيَ بِرَوَايَةٍ ضَعِيفَةٍ فِي مَذْهِبِهِ.

(١) فِي "د" وَ"ز": ((وَأَمَّا أَمْرُ الْأَمِيرِ))، وَمَا أُثْبِتَاهُ مِنْ "ب" وَ"ط" هُوَ الْمَوَاقِفُ لِنَسْخِ الْحَاشِيَةِ الَّتِي بَيْنَ أَيْدِيهَا.

(٢) "النَّظْمَةُ الْوَهَابِيَّةُ": فَصْلٌ مِنْ كِتَابِ أَدَبِ الْقَاضِي ص ٥٧ - (هَامِشُ "النَّظْمَةُ الْمَحْبِيَّةُ").

(٣) "التَّارِخَانِيَّةُ": كِتَابُ السَّيْرِ - الْفَصْلُ الْعَاشِرُ فِي بَيَانِ مَا يَجِبُ مِنْ طَاعَةِ الْأَمِيرِ وَمَا لَا يَجِبُ ٥/٢٥٢.

(٤) الْمَقُولَةُ [٢٦٠٣٣] قَوْلُهُ: ((وَأِنْ تَعَيَّنَ لَهُ)).

فمضى صادفَ فصلاً مُجتهداً فيه نفذَ أمرُهُ، كما قدّمناه عن سير "التتارخانية" ^(١) وغيرها،
فليُحفظ. (ولا يُقضى على غائبٍ ولا له)

بين اثنين فالصحيحُ نفاذهُ، وفي "البحر" ^(٢): ((إذا كان القضاء من الأصل ومات القاضي ليس
للأمير أن ينصب قاضياً وإن وُلِّيَ عَشْرَهَا وخراجها، وإن حَكَمَ الأمير لم يَجْزُ حُكْمُهُ (الخ)).
وفي "الأشباه" ^(٣): ((قضاء الأمير جائز مع وجود قاضي البلد، إلا أن يكون القاضي مولى
من الخليفة، كذا في "الملقط" ^(٤))). اهـ.

والحاصل: أن السلطان إذا نصب في البلدة أميراً وفوض إليه أمر الدين والدنيا صحَّ قضاؤه،
وأما إذا نصب معه قاضياً فلا؛ لأنه جعل الأحكام الشرعية للقاضي لا للأمير، وهذا هو الواقع في
زماننا، ولذا قال في "البحر" ^(٥) أول كتاب القضاء: ((سُئِلْتُ عن تولية الباشا ^(٦) بالقاهرة قاضياً
ليحكم في حادثة خاصة مع وجود قاضيه المولى من السلطان، فأجبت بعدم الصحة؛ لأنه لم
يُفوض إليه تقليد القضاء، ولذا لو حكم بنفسه لم يصح)) اهـ.

٢٦٦٦٠١ (قوله: كما قدّمناه) أي: في أول الكتاب في بحث رسم المفتي ^(٧).

مطلب في القضاء على الغائب

٢٦٦٦١١ (قوله: ولا يُقضى على غائب) أي: بالبينّة، سواء كان غائباً وقت الشّهادة أو بعدها
وبعد التّزكية، وسواء كان غائباً عن المجلس أو عن البلد، وأما إذا أقرَّ عند القاضي فيقضي
عليه وهو غائب؛ لأنَّ له أن يطعن في البينّة دون الإقرار؛ ولأنَّ القضاء بالإقرار قضاءً إعانةً،

(١) في هامش "د": ((كما قدّمناه في رسم المفتي أول الكتاب عن سير "التتارخانية")).

(٢) "البحر": كتاب القضاء - فصل في التقليد ٢٩٥/٦.

(٣) "الأشباه والنظائر": الفن الثاني: الفوائد - كتاب القضاء والشهادات والدعاوي ص ٢٧٠.

(٤) "الملقط": كتاب الدعوى - مطلب: موت السلطان أو عزله لا يكون عزلاً لقاضيه - وفيه قضاء الأمير ص ٣٩٨.

(٥) "البحر": كتاب القضاء ٢٨٣/٦.

(٦) في "٣" و"م": ((الباشا)).

(٧) ٢٥٠/١ "در".

وإذا أنفذ القاضي إقراره سلم إلى المدعي حقه عينا كان، أو ديناً، أو عقاراً، إلا أنه في الدين يسلم إليه جنس حقه إذا وجد في يد من يكون مقرراً بأنه مال الغائب المقر ولا يبيع في ذلك العرض والعقار؛ لأن البيع قضاء على الغائب فلا يجوز، "بحر"^(١) عن "شرح الزبادات" لـ "العنابي"^(٢)، لكن في الخامس من "جامع الفصولين"^(٣) عن "الحانية"^(٤): ((غاب المدعى عليه بعدما برهن عليه، أو غاب الوكيل بعد قبول البيئة قبل التعديل، أو مات الوكيل، ثم عدلت تلك البيئة لا يحكم بها، وقال "أبو يوسف": يحكم، وهذا أرفق بالناس^(٥). ولو برهن على الموكل فغاب، ثم حضر وكيله، أو على الوكيل، ثم حضر موكله يقضي بتلك البيئة، وكذا يقضي على الوارث بيئة قامت على مورثه)).

(قوله: وقال "أبو يوسف": يحكم، وهذا أرفق بالناس) كذلك اختاره "الخصاف" على ما ذكره في "شرح الوهبانية"، لكن ما ذكره "الزيلعي" يدل على ترجيح أنه لا يقضي على الغائب في هذه الصورة، حيث ذكر القولين واقتصر في التعليل لأصل المذهب على ما ذكره في رسم المفتي من ترجيح القول الملل على غيره، وكذا ما ذكره في "العناية"، حيث قال: ((وكذلك لا يقضي القاضي في غيبته إذا أنكر وسعت البيئة ثم غاب قبل القضاء؛ لأن الشرط قيام الإنكار وقت القضاء؛ لأن البيئة إنما تصير حجة بالقضاء، وفيه خلاف "أبي يوسف"، فإنه يقول: الشرط الإصرار على الإنكار إلى وقت القضاء، وهو ثابت

(١) "البحر": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ١٨/٧.

(٢) شرح أبي نصر - ويقال: أبو القاسم - أحمد بن محمد بن عمر، زين الدين العنابي البخاري (ت ٥٨٦هـ) على "الزيادات" للإمام محمد. ("كشف الظنون" ٩٦٣/١، "الجواهر المضية" ٩٦٣/١، ٢٩٨/١).

(٣) "جامع الفصولين": الفصل الخامس في القضاء على الغائب والقضاء الذي يتعدى إلى غير المضي عليه ٤٧/١. تنصرف.

(٤) "الحانية": كتاب الدعوى والبيئات - فصل فيما يستحق على القاضي إلخ ٣٦٧/٢. تنصرف نقلاً عن الخصاف (هامش "الفتاوى الهندية").

(٥) قوله: ((وهذا أرفق بالناس)) من كلام شمس الأئمة الحلواني، كما في "الحانية".

أي: لا يصح، بل ولا ينفذ على المفتي به، "بحر".....

[٢٦٣٦٢] (قوله: أي: لا يصح) لما في "الفتح"^(١): ((من أن حضرة الخصم ليتحقق إنكاره شرط لصحة الحكم))، "بحر"^(٢).

[٢٦٣٦٣] (قوله: بل ولا ينفذ) هذه العبارة غير محررة^(٣)؛ لأن نفي الصحة يستلزم نفي النفاذ،

بالاستصحاب، وأجيب بأن الاستصحاب يصلح لنفع لا للإثبات)) اهـ. فإنه يفيد ضعف ما عن "أبي يوسف" لضعف دليله، وأصله لـ "قاضيخان" في "شرح الزيارات" من الباب الثاني من كتاب الدعوى، حيث قال: ((وإن غاب المدعى عليه بعدما جحد، وأقيمت عليه البيّنة ثم عدلت لا يقضي عليه حال غيبته، وعن "أبي يوسف" يقضي عليه؛ لأن حضرة شرط لإنكاره ولسماع البيّنة، وقد تحقق فيجوز القضاء كما لو أقر ثم غاب، وجه ظاهر الرواية: أن حضرة المقتضي عليه إنما كان شرطاً ليكون القضاء على من كان في ولايته، والغائب ليس في ولايته؛ ولأن صيانة القضاء عن البطال واجب ما أمكن، فلو قضى عليه حال غيبته ربما يأتي المدعى عيه بما يبطل قضاءه؛ ولأن القاضي مأمور بالنظر للكل. ومن أسباب الدفع ما يُسمع قبل القضاء ولا يُسمع بعده، فلو جاز حال غيبته قبل عجزه لا يمكنه التدارك، فيؤدي ذلك إلى إبطال حقه، بخلاف الإقرار، فإن به لا يقبل منه ما يبطل إقراره، إنما يقبل منه دعوى الإبقاء والإبراء، وذاك لا يبطل بالقضاء حال غيبته)) اهـ. ولذا أفتى "قارئ الهداية": ((فيما إذا ادعى شخص على آخر بحق فأنكر، فأقام عليه بيّنة شهدت له فتسحب المدعى عليه قبل القضاء، فطلب المدعي الحكم عليه ليذهب خلفه بأن المذهب أنه لا يجاب إلى ذلك)) اهـ. فإن ما أجاب به يقتضي ترجيح ظاهر الرواية، وقد ذكرنا في رسم المفتي أنه إذا كان في المسألة قولان مُصحّحان وكان أحدهما في المتن أو ظاهر الرواية فالأولى الأخذ به، وقالوا: لا تحيّر لو كان أحدهما قول "الإمام" والآخر قول غيره؛ لأنه لما تعارض التصحيحان تساقطا، فرجعنا إلى الأصل، وهو تقديم قول "الإمام".

(قوله: هذه العبارة غير محررة) إذا قرئ ((بُنفذ)) بالتشديد صح الإضراب، ويكون حارياً على أحد تصحيحين، وقول "ح": ((الحكم صحيح إلخ)) غير وارد على "المصنف"؛ لأن قصده بيان حكم الحنفى على الغائب، ولا شك أنه غير صحيح، والخلاف إنما هو فيما لو حكم من يراه.

(١) "الفتح": كتاب أدب القاضي - باب كتاب القاضي إلى القاضي - فصل آخر ٤٠٠/٦.

(٢) "البحر": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ١٧/٧.

(٣) انظر "تقريرات الرافعي" فيها كلام مهم.

(إلا بحضور نائبه) أي: مَنْ يقوم مقام الغائب (حقيقة كوكيله، ووصيه، ومُتولّي الوقف) أفاد بالاستثناء أنَّ القاضي

وأيضاً فالحكم صحيح، وإنما الخلاف في نفاذه بدون تنفيذ قاضي آخر كما أفاده "ح" (١)، ولذا فسر في "البحر" (٢) كلام "الكنز" بعدم الصحة، ثم قال (٣): ((والأولى أن يُفسر بعدم النفاذ؛ لقولهم: إذا نفذ قاضي آخر يراه فإنه ينفذ))، ثم ذكر (٤) اختلاف التصحيح، وسيأتي (٥) في كلام "الشارح".

[٢٦٣٦٤] (قوله: كوكيله) أطلقه فشمل ما إذا كان وكيلًا في الخصومة والدعوى أو وكيلًا للقضاء، كما إذا أقيمت البيّنة عليه فوكل ليُقضى عليه ثم غاب كما في "القنية" (٦)، "بحر" (٧). [٢٦٣٦٥] (قوله: ووصيه) أي: وصي الميت، فإنَّ الميت غائب، ووصيه قائم مقامه حقيقة، ويجوز عود الضمير إلى الصغير المعلوم من المقام، فإنه في حكم الغائب، وشمل وصي الوصي. ولو قال: كوكيله (٨) لكان أولى؛ ليشمل الأب والجد.

(قول "الشارح": أنَّ القاضي إنما يحكم على الغائب والميت إلخ) نقل "السندي" عن "القنية" ما هو صريح في أنَّ الحكم يكون على الحاضر، ونص عبارة "القنية" التي نقلها: ((قامت البيّنة على الوكيل فغاب، وحضر موكله، أو على العكس، أو قامت البيّنة على المورث فمات، وحضر وارثه، أو قامت على وارث فغاب، وحضر وارث آخر ففي هذه الصور يقضي على الذي حضر بتلك البيّنة)) اهـ. لكن في تمة الفتاوى مثل ما في الشرح، ونص عبارته: ((إذا أراد أن يقضي على وكيل الغائب، أو على وصي الميت يقضي على الغائب والميت بحضرة الوكيل والوصي، وهكذا يكتب في نسخ المحضر، نص عليه "القدوري" من أدب القاضي)) اهـ. وقال "عبد الحليم": ظاهر عبارة "شرح الدرر" أنَّ القضاء على الحاضر، وقد صرح به "الحجّندي" في "فوائده"، حيث قال: ((قامت بيّنة على الوكيل فغاب، وحضر موكله)) إلى آخر عبارة "القنية" المتقدمة، قال: ((وسيصرح

(١) "ح": كتاب القضاء - فصل في الحبس ق ٣٠٨ ب - ق ٣٠٩ أ.

(٢) "البحر": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ١٧/٧.

(٣) ص ٤٨٦ - وما بعدها "در".

(٤) "القنية": كتاب أدب القاضي - باب القضاء على الغائب ق ١٣٣/١، نقلًا عن ظهير الدين المرغيناني.

(٥) "البحر": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ١٩/٧.

(٦) في "الأصل": ((كوكيله))، وفي "٣": ((وكيله))، وهما تحريف.

إِنَّمَا يَحْكُمُ عَلَى الْغَائِبِ وَالْمَيِّتِ لَا عَلَى الْوَكِيلِ وَالْوَصِيِّ، فَيَكْتُبُ فِي السَّجَلِ أَنَّهُ حَكَمَ عَلَى الْمَيِّتِ وَعَلَى الْغَائِبِ بِحَضْرَةِ وَكَيْلِهِ وَبِحَضْرَةِ وَصِيِّهِ، "جامع الفصولين"^(١). وأفاد بالكافِ عَدَمَ الْحَضَرِ، فَإِنَّ أَحَدَ الْوَرَثَةِ كَذَلِكَ يَنْتَصِبُ خَصْماً عَنِ الْبَاقِينَ،

[٢٦٣٦٦] (قوله: إِنَّمَا يَحْكُمُ عَلَى الْغَائِبِ وَالْمَيِّتِ) تَرَكَ الْوَقْفَ، وَيُظْهِرُ لِي أَنَّهُ يَحْكُمُ عَلَى الْوَاقِفِ فِيمَا يَتَعَلَّقُ بِهِ، وَعَلَى الْوَقْفِ فِيمَا يَتَعَلَّقُ بِهِ، "سانحاني".

مطلبٌ فيمن يَنْتَصِبُ خَصْماً عَنْ غَيْرِهِ

[٢٦٣٦٧] (قوله: يَنْتَصِبُ خَصْماً عَنِ الْبَاقِينَ) أي: فِيمَا لِلْمَيِّتِ وَعَلَيْهِ، لَكِنْ إِذَا كَانَ فِي عَيْنٍ فَلَا بَدْءَ مِنْ كَوْنِهَا فِي يَدِهِ، فَلَوْ ادَّعَى عَيْنًا مِنَ التَّرَكَةِ عَلَى وَارِثٍ لَيْسَتْ فِي يَدِهِ لَمْ تُسْمَعْ، وَفِي دَعْوَى الدَّيْنِ يَنْتَصِبُ أَحَدُهُمْ خَصْماً وَإِنْ لَمْ [٢٢٠/٣] يَكُنْ فِي يَدِهِ شَيْءٌ، "بحر"^(٢)، وفيه^(٣) مِنْ مُتَفَرِّقَاتِ الْقَضَاءِ: ((أَنَّهُ يَنْتَصِبُ أَحَدُهُمْ عَنِ الْبَاقِي بِشَرْطِ ثَلَاثَةِ: كَوْنِ الْعَيْنِ كُلِّهَا فِي يَدِهِ،

"المصنف" به في آخِرِ التَّحْكِيمِ، وَهَكَذَا أَقُولُ: لَا فَرْقَ بَيْنَهُمَا فِي الْمَالِ)) انتهى. وفي "البرازية" مِنَ الْفَصْلِ الثَّانِي مِنَ كِتَابِ الْقَضَاءِ مَا نَصَّهُ: ((تَوَجَّهَ قَضَاءُ الْقَاضِي عَلَى وَكَيْلِ الْغَائِبِ أَوْ وَصِيِّ الْمَيِّتِ بِقَضِي عَلَى الْوَكِيلِ وَالْوَصِيِّ لَا عَلَى الْغَائِبِ وَالْمَيِّتِ، أَوْ يَكْتُبُ أَنَّهُ قَضَى عَلَى الْمَيِّتِ وَالْغَائِبِ بِحَضْرَةِ وَكَيْلِهِ وَوَصِيِّهِ)) اهـ. وَمَعَ هَذَا كُلَّهُ لَيْسَ فِي عِبَارَةِ "المصنف" مَا يُفِيدُ حَضَرَ الْقَضَاءِ عَلَى الْغَائِبِ وَالْمَيِّتِ كَمَا يُفِيدُهُ تَعْيِيرُ "الشَّارِحِ" بِهِ ((إِنَّمَا)).

(قوله: وَيُظْهِرُ لِي أَنَّهُ يَحْكُمُ عَلَى الْوَاقِفِ فِيمَا يَتَعَلَّقُ بِهِ، وَعَلَى الْوَقْفِ فِيمَا يَتَعَلَّقُ بِهِ) لَا مَعْنَى لَجُلِّ الْوَقْفِ مُحْكوماً عَلَيْهِ، فَلَعَلَّ أَصْلَ الْعِبَارَةِ: وَعَلَى مُسْتَحِقِّ الْوَقْفِ إلخ.

ثُمَّ رَأَيْتُ فِي الرِّسَالَةِ الْمَسْمُوقَةِ بِـ "ظَفَرِ اللَّأْضِي" بِمَا يَجِبُ فِي الْقَضَاءِ عَلَى الْقَاضِي "مَا نَصَّهُ: ((الْقَضَاءُ فِي الشَّرْعِ: إِرْثَامُ ذِي الْوِلَايَةِ بَعْدَ التَّرَافُعِ لِمُعَيَّنٍ أَوْ جِهَةٍ، وَالْمَرَادُ بِالْجِهَةِ كَالْحُكْمِ لِبَيْتِ الْمَالِ)) اهـ.

ثُمَّ رَأَيْتُ فِي "العناية" وَ"الكفاية" آخِرَ النِّقَاطِ: ((أَنَّهُ لَا بَدْءَ لِقَضَاءٍ مِنْ مَقْضِيٍّ لَهُ، وَهُوَ مِنْ أَهْلِ الْإِسْتِحْقَاقِ)) اهـ.

(١) "جامع الفصولين": الفصل الخامس في القضاء على الغائب والقضاء الذي يتعدى إلى غير المقضي عليه ٣٩/١.

(٢) "البحر": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٢٠/٧.

(٣) "البحر": كتاب القضاء - باب التحكيم - مسائل شتى ٤٧/٧.

وكذا أحد شريكَي الدَّينِ وأُجنبِي بيدهِ مالُ اليتيمِ،.....

وَأَنْ لَا تَكُونَ مَقْسُومَةً، وَأَنْ يُصَدَّقَ الْغَائِبُ أَنَّهَا إِرْثٌ عَنِ الْمَيِّتِ)) اهـ. وقدَّمنا^(١) تمامَ الكلامِ على ذلكَ في كتابِ الوقفِ، وأفادَ "الخَيْرُ الرَّمْلِيُّ" في "حاشيته" على "جامع الفصولين"^(٢): ((أَنْ اشْتَرَا لَهُمْ كَوْنَ الْعَيْنِ فِي يَدِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ يَشْمَلُ مَا لَوْ كَانَ الْمُدَّعِي بَعْضَ الْوَرَثَةِ عَلَى بَعْضٍ، فَتُسَمَّعُ الدَّعْوَى بِشَرَاءِ الدَّارِ مِنَ الْمَوْرَثِ، وَهِيَ وَاقِعَةٌ الْفَتْوَى)) اهـ.

[٢١٣٦٨] (قوله): وكذا أحد شريكَي الدَّينِ)) أي: هو خصمٌ عن الْإِرْثِ وَفَاقًا، وكذا في غيره عندهما لا عندَ "أبي حنيفة"، وقوله قياسٌ، وقولهما استحسانٌ. ثُمَّ عَنِ قَوْلِهِمَا الْغَائِبُ لَوْ صَدَّقَ الْحَاضِرُ إِنْ شَاءَ شَارَكُهُ فِيمَا قَبِضَ، أَوْ اتَّبَعَ الْمَطْلُوبَ بِنَصِيهِ، "جامع الفصولين"^(٣). وَمَقْتَضَاهُ: أَنَّ الدَّيْنَ لِلْمُدَّعَى وَشَرِيكِهِ، وَأَمَّا الدَّعْوَى بِدَيْنٍ لَوَاحِدٍ عَلَى اثْنَيْنِ فَذَكَرَ قَبْلَهُ^(٤) مَا حَاصِلُهُ: ((أَنَّهُ يَقْضَى بِهِ عَلَيْهِمَا عِنْدَهُ فِي رَوَايَةٍ، وَفِي رَوَايَةٍ - وَهِيَ قَوْلُ "أَبِي يُوسُفَ" - يَقْضَى بِنَصِيهِ عَلَى الْحَاضِرِ))، ثُمَّ قَالَ^(٥): ((يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ اخْتِلَافُ الرُّوَايَاتِ فِيهِ بِنَاءً عَلَى اخْتِلَافِ الرُّوَايَاتِ فِي جَوَازِ الْحُكْمِ عَلَى الْغَائِبِ)).

[٢١٣٦٩] (قوله): وأُجنبِي)) أي: مَنْ لَيْسَ وَارِثًا وَلَا وَصِيًّا. وقوله: ((بيدهِ مالُ اليتيمِ))، الَّذِي فِي "الْبَحْرِ"^(٦): ((مَالُ الْمَيِّتِ)). وَصَوَّرْتُهَا مَا فِي "جَامِعِ الْفُصُولَيْنِ"^(٧): ((وَوَهَبَ فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ جَمِيعَ مَالِهِ، أَوْ أَوْصَى بِهِ فَمَاتَ، ثُمَّ ادَّعَى رَجُلٌ دَيْنًا عَلَى الْمَيِّتِ، قِيلَ: تُسَمَّعُ بَيِّنَتُهُ عَلَى مَنْ يَبْدِيهِ الْمَالُ، وَقِيلَ: يَجْعَلُ الْقَاضِي خَصْمًا عَنْهُ - أَي: عَنِ الْمَيِّتِ - وَيُسَمَّعُ عَلَيْهِ بَيِّنَتُهُ، فَظَهَرَ أَنَّ فِيهِ اخْتِلَافَ الْمَشَايِخِ)).

(١) المقولة [٢١٦٧٢] قوله: ((ثُمَّ إِنَّمَا يَنْتَصِبُ إِلَيْهِ)) وما بعدها.

(٢) "الذَّلَالَةُ الدَّرِيَّةُ فِي الْفَوَائِدِ الْخَيْرِيَّةِ": الفصل الرابع في قيام بعض أهل الحق عن البعض في الدعاوي والخصومات ٣٨/١ (هامش "جامع الفصولين").

(٣) "جامع الفصولين": الفصل الرابع في قيام بعض أهل الحق عن البعض في الدعاوي والخصومات - دعوى الدين ٣٧/١.

(٤) "جامع الفصولين": الفصل الرابع في قيام بعض أهل الحق عن البعض في الدعاوي والخصومات - دعوى الدين ٣٦/١.

(٥) "البحر": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٢٠/٧.

(٦) "جامع الفصولين": الفصل الرابع في قيام بعض أهل الحق عن البعض في الدعاوي والخصومات - الدعوى على

وبعضُ الموقوفِ عليهم، أي: لو الوقفُ ثابتاً كما مرَّ^(١) في بابِه، (أو) نائيه (شرعاً كوصي) نصَّبَه (القاضي) خرَجَ المُسَخَّرُ كما سيحيي، (أو حُكماً: بأن يكونَ ما يُدْعَى على الغائبِ سبباً) لا محالة،

[٢١٣٧٠] (قوله: وبعضُ الموقوفِ عليهم) لما في "القنية"^(٢): ((وقفٌ بينَ أخوينِ، مات أحدهما وبقي الوقفُ في يدِ الحيِّ وأولادِ الميتِ، فأقامَ الحيُّ بيتهً على واحدٍ من أولادِ الأخ أن الوقفَ بطنٌ بعدَ بطنٍ، والباقي غيبٌ، والواقفُ واحدٌ تُقبلُ وينتصبُ خصماً عن الباقي))، ثم قال^(٤): ((وقفٌ بينَ جماعةٍ تصيحُ الدَّعوى من واحدٍ منهم أو وكيله على واحدٍ منهم أو وكيله إذا كان الوقفُ واحداً))، وتأمُّه في "البحر"^(٣).

[٢١٣٧١] (قوله: أي: لو الوقفُ ثابتاً) أمّا إذا لم يكن ثابتاً وأراد إثبات أنه وقفٌ فلا، وقدّمنا^(٤) في الوقفِ تقريرَ هذه المسألة باتِّمَّ وجهه، وذكرنا هناك^(٥) مسائلَ أخرَ ينتصبُ فيها البعضُ خصماً عن غيره.

[٢١٣٧٢] (قوله: خرَجَ المُسَخَّرُ هو مَنْ ينصبُّه القاضي لسماعِ الدَّعوى على الغائبِ.

[٢١٣٧٣] (قوله: كما سيحيي^(٦)) أي: قريباً، أي: ممثالاً لما يأتي من تقييده بغيرِ الضَّرورة.

[٢١٣٧٤] (قوله: أو حُكماً) أي: بأن يكونَ قيامُه عنه حُكماً لأمرٍ لازمٍ، "فتح"^(٧).

[٢١٣٧٥] (قوله: سبباً لا محالة) أي: لا تحوُّلَ له عن السَّبَبِيَّةِ، فاحترزَ بكونِه ((سبباً)) عمّا

(١) ٥٨٧/١٣ وما بعدها "در".

(٢) "القنية": كتاب الوقف - باب في الدعوى والبيانات في الوقف ق ٩٣/أ، نقلاً عن ركن الصيادي، وظهير الدين التمرتاشي، ورمزين آخرين وهما "كج" و"عج"، وهذان الرمزان ليسا في حلٍّ رموز "القنية" التي بين أيدينا.

(٣) انظر "البحر": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٢٠/٧.

(٤) المقولة [٢١٦٥٠] قوله: ((وفي "العمادية": تقيلاً))، والمقولة [٢١٦٥٨] قوله: ((وقوله في "الفتح" بقوله الخ)) وما بعدها.

(٥) المقولة [٢١٦٦١] قوله: ((وبعضٌ مُستحقِّه)).

(٦) ص ٤٨٩ - "در".

(٧) "الفتح": كتاب أدب القاضي - باب كتاب القاضي إلى القاضي - فصل آخر ٤٠٢/٦.

يكون شرطاً، وسيدكره "المصنف" ^(١). وبقوله: ((لا محالة)) عما يكون سبباً في حال دون حال،
وعما لا يكون سبباً إلا بالبقاء إلى وقت الدعوى، فما يكون سبباً في حال دون حال يُقبل في
حق الحاضر دون الغائب، وبيانه في مسألتين ^(٢): الوكيل بنقل العبد إلى مولاه، أو بنقل ^(٣) المرأة
إلى زوجها، فإذا برهن العبد أنه حرره، أو المرأة أنه طلقها ثلاثاً يُقبل في حق قصر يد الحاضر
لا في ثبوت العتق أو الطلاق، فإن المدعى هنا على الغائب - وهو ^(٤) العتق أو الطلاق - ليس سبباً
لا محالة لما يدعى على الحاضر - وهو قصر يده بانعزاله عن ^(٥) الوكالة؛ لأنه قد يتحقق العتق
والطلاق بدون انعزال وكيل: بأن لا يكون هناك وكالة أصلاً، وقد يتحقق موجباً للانعزال: بأن
كان بعد الوكالة، فليس انعزال الوكيل حكماً أصلياً للطلاق والعتاق، فمن حيث إنه ليس سبباً
لحق الحاضر في الجملة لا يكون الحاضر خصماً عن الغائب، ومن حيث إنه قد يكون سبباً قبلنا
البينة في حق الحاضر بقصر يده وانعزاله. وأما ما لا يكون سبباً إلا بالبقاء إلى وقت الدعوى
فلا يُقبل مطلقاً، وبيانه في مسائل، [٢٢٠ ق/ب] منها: ما لو برهن المشتري فاسداً على البيع من
غائب حين أراد البائع فسخ البيع للفساد لا يُقبل في حق الحاضر في الفسخ، ولا في حق الغائب
في البيع؛ لأن نفس البيع ليس سبباً لبطلان حق الفسخ؛ لجواز أنه باع من الغائب ثم فسخ البيع
بينهما، وإن شهدوا ببقاء البيع وقت الدعوى لا يُقبل؛ لأنه إذا لم يكن خصماً في إثبات نفس
البيع لم يكن خصماً في إثبات البقاء؛ لأن البقاء تبع للانتهاء، وتماه في "الفتح" ^(٦) وغيره.

(١) ص ٤٨١ - "در".

(٢) في "٣": ((مسألتي)).

(٣) في "م": ((ينقل)).

(٤) في "ب": ((هو)) دون واو.

(٥) في "الأصل": ((من)).

(٦) انظر "الفتح": كتاب أدب القاضي - باب كتاب القاضي إلى القاضي - فصل آخر ٤٠٤/٦.

فلو شَرَى^(١) أمةً، ثم ادَّعى أنَّ مولاهما زَوَّجَهَا مِنْ فُلانٍ الغائبِ وأرادَ رَدَّهَا بعبِيبِ الزَّوْاجِ لم يُقْبَلْ؛ لاحتمال^(٢) أنَّه طَلَّقَهَا وزالَ العيبُ، "ابن كمالٍ" (لما يُدَّعى على الحاضرِ، مثاله: (كما إذا ادَّعى داراً في يَدِ رجلٍ،.....

[٢٦٣٧٦] (قوله: فلو شَرَى أمةً) تفريعٌ على قوله: ((لا محالة))، فكان الأولى ذكرُهُ عند قولِ "المصنّف": ((ولو كان ما يُدَّعى على الغائبِ شرطاً)) بأنَّ يقولَ: بخلافِ ما لو شَرَى أمةً إلخ، وبخلافِ ما لو كان ما يُدَّعى على الغائبِ شرطاً إلخ؛ ليكونَ ذِكْرُ مُحْتَرَزِ القِيودِ في محلِّ واحدٍ.

[٢٦٣٧٧] (قوله: لم يُقْبَلْ) أي: بُرْهَانُهُ، لا في حَقِّ الحاضرِ ولا في حَقِّ الغائبِ؛ لأنَّ المُدَّعى شَيْئان: الرَّدُّ بالعيبِ على الحاضرِ، والنكاحُ على الغائبِ، والثاني ليس سبباً للأوَّلِ إلَّا باعتبارِ البقاءِ؛ لجوازِ أن يكونَ تزَوَّجَهَا ثم طَلَّقَهَا، وإنَّ بَرَهَنَ على البقاءِ - أي: أنَّها امرأته للحالِ - لا يُقْبَلُ أيضاً؛ لأنَّ البقاءَ تَبَعُ الابتداءِ، "فتح"^(٣).

[٢٦٣٧٨] (قوله: مثاله) لا حاجةَ إليه؛ لإغناءِ الكافرِ عنه. اهـ "ح"^(٤).

(قوله: لجوازِ أن يكونَ تزَوَّجَهَا ثم طَلَّقَهَا) فيه: أنَّ هذا الاحتمالَ موجودٌ في مسألةِ "المصنّف" مع أنَّه لم ينظُرْ إليه، وكذلك في كثيرٍ من المسائلِ الآتيةِ عنِ "المحتبى". هذا، وقد ذَكَرَ في "التَّمَّة": أنَّ مسألةَ "المصنّف": ما يُدَّعى على الحاضرِ والغائبِ شيءٌ واحدٌ، وهو الملكُ، وأنَّ ذِكْرَ السَّبَبِ فيما إذا كان المُدَّعى عليهما شيئاً واحداً وَقَعَ سهواً يُعرَفُ بالتَّأَمُّلِ. وجعلَ في "الفتح" المُقْضَى به عليهما شيئاً واحداً والمُدَّعى به شيئين في هذه الصُّورةِ وفي مسألةِ الكفالةِ والشُّفْعَةِ، ويظهرُ أنَّه في هذه لا يَضُرُّ احتمالُ ارتفاعِ السَّبَبِ، بخلافِ ما إذا كان المُدَّعى به على الحاضرِ غيرِ المُدَّعى به على الغائبِ فإنه يَضُرُّ.

(١) في "ط": ((اشترى)).

(٢) في "ط": ((الاحتمال))، وهو خطأ.

(٣) "الفتح": كتاب أدب القاضي - باب كتاب القاضي إلى القاضي - فصل آخر ٤٠٤/٦.

(٤) "ح": كتاب القضاء - فصل في الحبس ق ٣٠٩/أ.

و(بَرَهَنَ) الْمُدَّعِي (على ذي اليدِ أَنَّهُ اشْتَرَى) الدَّارَ (مِنْ فُلَانٍ الغائبِ، فحَكَمَ) الحاكمُ (على) ذي اليدِ (الحاضرِ كان) ذلك (حُكْمًا على الغائبِ) أيضًا، حتَّى لو حَضَرَ وَأَنْكَرَ لم يُعْتَبَرْ؛ لأنَّ الشَّرَاءَ مِنَ المَالِكِ سببُ المِلْكِيَّةِ لا محالة، وله صُورٌ كثيرةٌ ذَكَرَ مِنْهَا في "المحتبى" تسعاً وعشرين،.....

[٢٦٣٧٩] (قوله: مِنْ فُلَانٍ الغائبِ) زادَ في "الفتح"^(١): ((وهو يَمْلِكُهَا))، أي: لأنَّ مجردَ الشَّرَاءِ لَا يُثَبِّتُ المِلْكَ للمشتري؛ لاحتمالِ كونِهَا لغيرِ البائعِ، وهو فُضُولِيٌّ.
[٢٦٣٨٠] (قوله: لأنَّ الشَّرَاءَ مِنَ المَالِكِ) هذا هو المُدَّعَى على الغائبِ.
[٢٦٣٨١] (قوله: سببُ المِلْكِيَّةِ) أي: والمِلْكِيَّةُ هنا هي المُدَّعَى على الحاضرِ.

مطلب: المسائل التي يكونُ القضاءُ فيها على الحاضرِ قضاءً على الغائبِ

[٢٦٣٨٢] (قوله: تسعاً وعشرين) قال في "المنح"^(٢): ((وفي "المحتبى" بعد أن علّم بعلامة "شط"^(٣): كلُّ مَنْ ادَّعَى عليه حقٌّ لَا يَثْبُتُ عليه إِلَّا بالقضاءِ على الغائبِ فalcضاءُ على الحاضرِ قضاءً على الغائبِ، وتظهرُ ثمرتهُ في مسائلٍ، مِنْهَا: أقامَ بَيِّنَةٌ أنَّ له على فُلَانٍ الغائبِ كذا، وأنَّ هذا كفيلٌ عنه بأمرِهِ يُقَضَى على الغائبِ والحاضرِ؛ لأنَّهَا كالمعاوضةِ، ولو لم يَقُلْ: بأمرِهِ لَا يُقَضَى على الغائبِ. وَمِنْهَا: لو أقامَ بَيِّنَةٌ أَنَّهُ كفيلٌ بكلِّ ما لَهُ على فُلَانٍ، وأنَّ له عِى فُلَانٍ ألفاً كانت قِبَلِ الكفالةِ يُقَضَى على الحاضرِ والغائبِ، ولا يحتاجُ إلى دعوى الكفالةِ بأمرِهِ، بخلافِ الأولى؛ لأنَّ الكفالةَ المطلقةَ لَا تُوجِبُ المَالَ على الكفيلِ ما لم تُوجِبْهُ على الأصيلِ، فصار كأنَّهُ علَّقَ الكفالةَ بوجوبِ المالِ على الأصيلِ، فانتصبَ عَنِ الغائبِ خصماً.

(قولُ "الشارح": ذَكَرَ مِنْهَا في "المحتبى" تسعاً وعشرين) لكنَّ لَيْسَ كُلُّ المسائلِ المذكورةِ ما يُدَّعَى على الغائبِ فيها سبباً لِمَا يُدَّعَى على الحاضرِ، بل بعضها كذلك وبعضُهَا شرطٌ. نَعَمْ، جَعَلَ في "الْتَمَّةِ" الشَّرْطَ الغَيْرَ المنْفَكِ مِمَّنْزِلَةِ السَّبَبِ، لكنَّهُ خِلافُ الأصَحِّ، وَجَرَى عليه في "المحتبى".

(١) "الفتح": كتاب أدب القاضي - باب كتاب القاضي إلى القاضي - فصل آخر ٤٠٣/٦.

(٢) "المنح": كتاب القضاء - فصل في الحبس ٥٩ق/٢، وفي نسختنا من "المنح" هنا سقطَ لبعضِ العبارات.

(٣) أي: "شرح الطحاوي"، كما هو مبين في شرح رموز "القنية" للزاهدي صاحب "المحتبى".

ومنها: أنَّ القاذف^(١) إذا قال: أنا عبدٌ لفلان^(٢) فلا حدَّ عليَّ، فأقامَ المقذوفُ بينةً أنَّ فلاناً أعتقه حدًّا، وكان قضاءً على الغائبِ بالعتقِ.

ومنها: لو قال له: يا ابنَ الزَّانيةِ، فقال القاذفُ^(٣): أمُّه أمةُ فلانٍ، فأقامَ المقذوفُ بينةً أنَّها بنتُ فلانٍ القرشيَّةُ يُحكَّمُ بالنَّسبِ ويحدُّ.

ومنها: لو أقامَ بينةً أنَّه ابنُ عمِّ الميِّتِ فلانٍ، وأنَّ الميِّتَ فلانُ بنُ فلانٍ يجتمعانِ إلى أبٍ واحدٍ، وأنَّه وارثُهُ فحسبُ قُضِيَ بالميراثِ والنَّسبِ على الغائبِ.

ومنها: لو أقامَ بينةً أنَّ أبوي الميِّتِ كانا مملوكَيْنِ أعتقهما، ثمَّ وُلِدَ لهما هذا الولدُ وماتَ، وأنَّه مولاةُ ووارثُهُ قُضِيَ بالولاءِ، وكان قضاءً بالولاءِ على الأبوينِ، وإخوته^(٤) المولودينَ بعدَ عتقهما.

ومنها: لو قال لدائنِ العبدِ المأذونِ: ضَمِنْتَ لَدَيْنِكَ عليه إنَّ أعتقه مولاةُ، فأقامَ بينةً عليه أنَّ مولاةَ أعتقه بعدَ الضَّمانِ والعبدُ والمولَى غائبانِ يُقضى بالضَّمانِ، وكان قضاءً بالعتقِ للغائبِ وعلى الغائبِ.

ومنها: لو قال المشهودُ عليه: الشَّاهدُ عبدٌ، فأقامَ المُدَّعي أوِ الشَّاهدُ بينةً أنَّ مولاةَ أعتقه قبلَ الشَّهادةِ.

ومنها: لو ادَّعى شيئاً في يدِ رجلٍ أنَّه اشتراه مِن فلانٍ، وأقامَ بينةً يُقضى له بالمِلْكِ والشَّراءِ مِن فلانٍ.

ومنها: ما لو قدَّفَ عبداً، فأقامَ المقذوفُ بينةً أنَّ مولاةَ كانَ أعتقه، وادَّعى كمالَ الحدِّ.

(قوله: وحرية المولودين إلخ) عبارة الأصل: ((وإخوته إلخ)).

(١) في "ب": ((القاذف))، وهو خطأ.

(٢) في "م": ((فلان)) دون اللام الجارة.

(٣) في "ب": ((القاذف))، وهو خطأ.

(٤) في النسخ جميعها: ((وحرية المولودين))، وما أثبتناه من "المنح" و"ح".

ومنها: ما لو أقام العبد المشتري بينة أن البائع كان أعتقه، أو رجل آخر أعتقه وهو يملكه.
ومنها: ما لو قال لرجل: ما بايعت فلاناً [١/٢٢١٣/٣] فعلي، فأقام الرجل بينة على الضامن أنه باع فلاناً عبده بالف.

ومنها: ما لو أقام بينة على رجل أنك اشتريت هذه الدار من فلان وأنا شفيعها.
ومنها: ما لو قال لرجل: علي ألف فاقضها، فأقام المأمور بينة أنه قضاهما يقضى بقبض الغائب والرجوع على الآخر.

ومنها: ما لو قال لغيره: الذي في يدي لفلان فاشتره لي وانقد الثمن، فأقام المأمور بينة أنه فعل ذلك.

ومنها: ما لو قال لرجل: اضمن لهذا ما دأيتني فضمن، فأقام الضمين بينة أن فلاناً دأيتك كذا، وأني قضيت عنك.

ومنها: الكفيل بأمر أقام بينة على الأصيل أنه أوفى الطالب.
ومنها: ما لو أقام بينة على أن له على فلان ألفاً، وأنه أحال بما عليه.
ومنها: ما لو أقام بينة على رجل أنه كان لفلان عليك ألف أحتته بها^(١) علي وأدبها إليه.
ومنها: ما لو طالب البائع المشتري بالثمن، فأقام هو بينة أنه أحاله بالثمن على فلان.
ومنها: ما لو قال لرجل: إن جنى عليك فلاناً فأنا كفيل بنفسه، فأقام بينة أنه جنى عليه فلاناً.
ومنها: ما لو أقام بينة على رجل في يده دار أنها له، فأقام ذو اليد بينة أن فلاناً وهبها له، وسلم، أو أودع، أو باع.

ومنها: ما لو أقام ذو اليد بينة أن المدعي باعها من فلان وقبضها تبطل بينة المدعي، ويلزم الشراء الغائب.

(قوله: فأقام ذو اليد بينة الخ) أي: وقد ادعى المدعي تلقي المالك من فلان بتاريخ متأخر عن تاريخ المدعى عليه، تأمل.

(ولو كان ما يُدَّعى على الغائب شرطاً) لما يدَّعيه على الحاضر كما إذا ادَّعى عبدٌ على مولاه

ومنها: ما لو قال ذو اليد: أودعنيهِ فلانٌ، فطلب المدعي تحليفه به فنكل، فقصي عليه نفذ على فلان.

ومنها: ما لو قال: وصل إلي من زيد وكيل فلان بأمره، أو من غاصبٍ منه، وحلف المدعي ما يعلم دفع زيد، فقصي عليه نفذ على فلان.

ومنها: ما لو أقام بينة على عبد أن مولاه أعتقه، وأنه قطع يده بعد ذلك، أو استدان منه، أو اشترى منه، أو باع منه.

ومنها: ما قيل: إنه لو قال لامرأته: إن طلق فلان امرأته فانت طالق، فأقامت بينة على الحاضر أن فلاناً طلق امرأته.

ومنها: ما لو أقام الحاضر على القاتل بينة أن الولي^(١) الغائب قد عفا فتقبل البينة في جميع هذه الصور، ويتضمن القضاء على الحاضر القضاء على الغائب (فيها) اهـ "ح" (٢).

(قوله: ومنها: ما لو قال ذو اليد: أودعنيهِ إلخ) وذلك بأن ادَّعى على واضع اليد عتياً، فدفع دعواه بإيداع^(٣) فلان له ولم يُثبتها، وعجز المدعي عن إثبات دعواه الملك، فطلب تحليف المدعي عليه على نفي الملك فنكل، فقصي عليه بالملك للمدعي كان قضاء على فلان الغائب، لكن فيه: أن النكول حجة قاصرة كالإقرار، فلا يظهر تعديهِ على الغائب، وأيضاً لو أقام المدعي بينة على دعواه وقضي بها لا يتعدى إلى فلان؛ إذ الحكم حكم على ذي اليد وعلى من تلقى الملك منه، والُدَّعى عليه لم يتلقاه من فلان حتى يتعدى إليه، وعلى هذا تكون المسألة التالية لهذه المسألة محل نظر أيضاً كما قال "ط"، لكن يندفع الإيراد بأن المراد بالنفاذ على الغائب من جهة أمر المدعي عليه بالتسليم فقط، والغائب إذا حضر تسمع دعواه.

(قوله: فطلب المدعي تحليفه به) عبارة "الحاوي": ((له)).

(قوله: فقصي عليه) أي: بالبينة أو النكول.

(قوله: ما لو أقام الحاضر على القاتل بينة إلخ) هكذا عباراتهم، والقصد الحكم على القاتل

بنصيب الحاضر من الدية.

(١) في "٦" و"ب" و"م": ((الولي))، وما أثبتناه من "الأصل" هو الموافق لعبارة "المنح" و"ح".

(٢) "ح": كتاب القضاء - فصل في الحبس ق ٣٠٩ - ب.

(٣) في المطبوعة: ((بإيداع)) بالباء الموحدة، وهو خطأ.

أَنَّهُ عَلَّقَ عَقَّتَهُ بِتَطْلِيقِ زَوْجَةِ زَيْدٍ^(١)، وَبَرَهَنَ عَلَى التَّطْلِيقِ بَغْيِيَّةِ زَيْدٍ (لَا يُقْبَلُ فِي الْأَصَحِّ

[٢٦٣٨٣] (قَوْلُهُ: لَا يُقْبَلُ) لِأَنَّ الشَّرْطَ لَيْسَ بِأَصْلٍ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْمَشْرُوطِ، بِخِلَافِ السَّبَبِ، فَإِنَّ قُضِيَ فَقَدْ قُضِيَ عَلَى الْغَائِبِ ابْتِدَاءً، "قُهِسْتَانِي"^(٢)، "ط"^(٣).

قلتُ: وَالتَّبَادُلُ مِنْ إِطْلَاقِهِمْ أَنَّهُ لَا يُقْبَلُ فِي حَقِّ الْحَاضِرِ وَلَا فِي حَقِّ الْغَائِبِ، وَيُؤَيِّدُهُ مَا فِي "الْبَحْرِ"^(٤) عَنْ "جَامِعِ الْفُصُولِينَ"^(٥): ((عَلَّقَ طَلَّاقَهَا بِتَزْوُجِ عَلَيْهَا، فَبَرَهَنَتْ أَنَّهُ تَزَوَّجَ عَلَيْهَا فَلَانَةَ الْغَائِبَةِ عَنِ الْمَجْلِسِ، هَلْ تُسَمَّعُ حَالُ الْغَيْبَةِ؟ فِيهِ رَوَايَتَانِ، وَالْأَصَحُّ: أَنَّهَا لَا تُقْبَلُ فِي حَقِّ الْحَاضِرَةِ وَالْغَائِبَةِ، فَلَا طَلَّاقَ وَلَا نِكَاحَ^(٦))). أَمَّا لَكِنْ نَقَلَ^(٧) عَنْهُ^(٨) عَقَّتَهُ فَرَعًا آخَرَ، وَهُوَ: ((ادَّعَتْ عَلَيْهِ أَنَّهُ كَفَّلَ بِمَهْرٍ عَنْ زَوْجِهَا لَوْ طَلَّقَهَا ثَلَاثًا، وَأَنَّهُ طَلَّقَهَا ثَلَاثًا، فَأَقْرَأَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ بِالْكَفَالَةِ وَأَنْكَرَ الْعِلْمَ بِوُقُوعِ الثَّلَاثِ، فَبَرَهَنَتْ بِهِ يُحَكِّمُ لَهَا بِالمَهْرِ عَلَى الْحَاضِرِ، لَا بِالْفُرْقَةِ عَلَى الْغَائِبِ)). أَمَّا وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ خِلَافُ الْأَصَحِّ بِقَرِينَةِ قَوْلِهِ: ((وَالْأَصَحُّ أَنَّهَا لَا تُقْبَلُ لِلْخ)).

[٢٦٣٨٤] (قَوْلُهُ: فِي الْأَصَحِّ) مُقَابَلَةٌ مَا حَكَاهُ فِي "الْفَتْح"^(٩) عَنْ بَعْضِ الْمُتَأَخِّرِينَ كـ "فَخَرِ الْإِسْلَامَ" وَ"الْأَوْزُجَنْدِي"^(١٠): ((أَنَّهُمْ أَقْتَوْا فِيهِ بِاتِّصَابِ الْحَاضِرِ خَصْمًا))، أَيْ: فَالشَّرْطُ عِنْدَهُمْ كَالسَّبَبِ، وَيُقَابِلُهُ أَيْضًا مَا ذَكَرْنَاهُ آنَفًا^(١١) مِنْ قَبُولِهَا فِي حَقِّ الْحَاضِرِ لَا الْغَائِبِ.

(١) فِي "د": ((زَوْجَتَهُ)) بَدَلَ ((زَوْجَةِ زَيْدٍ)).

(٢) "جَامِعُ الرُّمُوزِ": كِتَابُ الْقَضَاءِ ٢/٢٣١.

(٣) "ط": كِتَابُ الْقَضَاءِ - فَصْلُ فِي الْحِسِّ ٣/٢٠٠.

(٤) "الْبَحْرُ": كِتَابُ الْقَضَاءِ - بَابُ كِتَابِ الْقَاضِي إِلَى الْقَاضِي وَغَيْرِهِ ٧/٢٢.

(٥) "جَامِعُ الْفُصُولِينَ": الْفَصْلُ الثَّلَاثُ فِيمَنْ يَصْلُحُ خَصْمًا لْغَيْرِهِ وَمَنْ لَا يَصْلُحُ لِلْخِ ١/٣١.

(٦) قَوْلُهُ: ((فِي حَقِّ الْحَاضِرَةِ وَالْغَائِبَةِ، فَلَا طَلَّاقَ وَلَا نِكَاحَ)) لَيْسَ فِي مَطْبُوعَةِ "جَامِعِ الْفُصُولِينَ"، وَلَعَلَّهَا زِيَادَةٌ مِنْ صَاحِبِ "الْبَحْرِ"، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

(٧) أَيْ: صَاحِبُ "الْبَحْرِ": كِتَابُ الْقَضَاءِ - بَابُ كِتَابِ الْقَاضِي إِلَى الْقَاضِي وَغَيْرِهِ ٧/٢٢.

(٨) "جَامِعُ الْفُصُولِينَ": الْفَصْلُ الْخَامِسُ فِي الْقَضَاءِ عَلَى الْغَائِبِ وَالْقَضَاءُ الَّذِي يُعَدَّى إِلَى غَيْرِ الْمُقْضَى عَنْهُ لِلْخِ ١/٤١١ بِتَصْرِيفٍ.

(٩) "الْفَتْحُ": كِتَابُ آدَبِ الْقَاضِي - بَابُ كِتَابِ الْقَاضِي إِلَى الْقَاضِي - فَصْلُ آخِرٍ ٦/٤٠٥.

(١٠) هُوَ الْقَاضِي مُحَمَّدُ بْنُ عَبْدِ الْغَرِيزِ، شَمْسُ الْأُمَةِ الْأَوْزُجَنْدِي، جَدُّ قَاضِيخَانَ. ("الْجَوَاهِرُ الْمُضْبِيَّةُ" ٣/٤٤٦،

٤/١٤٣، "الْفَوَائِدُ الْبَهِيَّةُ" ص ٢٠٩).

(١١) الْمَقُولَةُ [٢٦٣٧٥] قَوْلُهُ: ((سَبَبًا لَا مَحَالَةً)).

(إذا كان فيه إبطال حَقِّ الغائب)، فلو لم يكن كما إذا عُلّق طلاق امرأته بدخول زيد الدار يُقبَل؛ لَعَدِمَ ضَرَرُ الغائب. ومن حِيلٍ إثباتِ العِتْقِ على الغائب: أن يدَّعي المشهود عليه أن الشاهد عبدُ فلان، فبَرَهَنَ المَدَّعي أن مَالِكَهُ الغائبَ أَعْتَقَهُ تُقبَلُ. ومن حِيلِ الطَّلَاق: حيلةُ الكفالةِ بمهرٍها مُعلَّقةٌ بطلاقِها، ودعوى كفالتِهِ بنفقةِ العِدَّةِ مُعلَّقةٌ بالطَّلَاقِ.

[٢٦٣٨٥] (قوله: يُقبَل؛ لَعَدِمَ ضَرَرُ الغائب) وذكرَ في "الفتح"^(١): ((أنه ليس في هذا قضاءً على الغائب بشيء؛ إذ ليس فيه إبطال حَقِّ له)) اهـ. أي: لأن دخولَ الغائبِ الدَّارَ لا يترتبُ عليه حُكْمٌ، لكن قال "ط"^(٢): ((لو كان الغائبُ عُلّقَ طلاقُ امرأته بدخوله الدَّارَ فالظاهرُ أنه في حُكْمِ الأوَّل؛ للزومِ الضَّرَرِ)) اهـ.

[٢٦٣٨٦] (قوله: ومن حِيلٍ إثباتِ العِتْقِ إلخ) هي من جملةِ الصُّورِ التسعِ والعشرينِ المارَّةِ^(٣).
[٢٦٣٨٧] (قوله: ومن حِيلِ الطَّلَاقِ إلخ) الأولى إسقاطُهُ؛ لقول [٢٢١٣/ب] "البحر"^(٤): ((وأما حِيلُ إثباتِ طلاقِ الغائبِ فكلُّها على الضَّعيفِ مِن أن الشَّرْطَ كالسَّببِ، قال في "جامع الفصولين"^(٥): ومع هذا لو حُكِمَ بالحُرْمَةِ نَفَذَ؛ لاختلافِ المشايخِ)) اهـ.

(قوله: فالظاهرُ أنه في حُكْمِ الأوَّل؛ للزومِ الضَّرَرِ) في "التَّمَّة" من الفصلِ العاشرِ في القضاءِ على الغائبِ: ((الحاصل: أن الإنسانَ إذا أقامَ البَيِّنَةَ على شَرْطِ حَقِّه بإثباتِ فعلٍ على الغائبِ: فإن لم يكن فيه إبطالُ حَقِّ الغائبِ تُقبَلُ هذه البَيِّنَةُ، ويتَّصِبُ الحاضرُ خصماً عن الغائبِ، وإن كان في قبُولِ البَيِّنَةِ إبطالُ حَقِّ الغائبِ مِن طلاق، أو عِتَاقٍ، أو بَيْعٍ، أو ما أشَبَهَ ذلكَ الأَصَحُّ أن لا يُقبَلُ)) اهـ. وهذا نصٌّ فيما استظهره "ط"، وانظرِ "التَّمَّة" في مسأَلِ القضاءِ على الغائبِ، فإنَّ ما فيها مُهِمُّ هُنا، ومثلهُ في "الفتح".

(١) "الفتح": كتاب أدب القاضي - باب كتاب القاضي إلى القاضي - فصل آخر ٤٠٥/٦.

(٢) "ط": كتاب القضاء - فصل في الحبس ٢٠٠/٣.

(٣) المقولة [٢٦٣٨٢] قوله: ((تسعاً وعشرين)).

(٤) "البحر": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٢٢/٧ باختصار.

(٥) "جامع الفصولين": الفصل الخامس في القضاء على الغائب والقضاء الذي يتعدى إلى غير المضي عليه إلخ ٤٨/١.

قلت: يعني إذا كان الحاكم مُحْتَدًا، أَمَا الْمُقْلَدُ فَلَا يَصِحُّ حُكْمُهُ بِالضَّعِيفِ كَمَا ذَكَرْنَاهُ سَابِقًا^(١). نَعَمْ، نَقَلَ فِي "الْبَحْرِ"^(٢) بَعْدَ هَذَا عَنْ "الْخُلَاصَةِ"^(٣): ((الطَّرِيقُ فِي إِثْبَاتِ الرِّمَاضَانِيَّةِ أَنْ يُعْلَقَ وَكَالَةً بِدُخُولِهِ، فَيَتَنَازَعَانِ فِي دُخُولِهِ، فَيُشْهَدُ الشُّهُودُ، فَيُقْضَى بِالْوَكَالَةِ وَبِدُخُولِهِ)) اهـ. قَالَ فِي "الْبَحْرِ"^(٤): ((وَعَلَيْهِ: فَإِثْبَاتُ طَلَاقٍ مُعْلَقٍ بِدُخُولِ شَهْرِ حِلَّةٍ فِيهِ وَلَوْ كَانَ الزَّوْجُ غَائِبًا؛ لِأَنَّ هَذَا لَيْسَ مِنْ قَبِيلِ الشَّرْطِ؛ لِأَنَّهُ لَا بَدَأَ أَنْ يَكُونَ فَعَلَ الْغَائِبِ، وَكَذَا إِثْبَاتُ مِلْكٍ، أَوْ وَقْفٍ، أَوْ نِكَاحٍ، فَيُعْلَقُ وَكَالَةً بِمِلْكِ فُلَانٍ ذَلِكَ الشَّيْءَ، أَوْ بِوَقْفِيَّةٍ كَذَا، أَوْ بِكَوْنِ فُلَانِيَّةٍ زَوْجَةَ فُلَانٍ، وَيَدْعِي الْوَكِيلُ، فَيَقُولُ الْخَصْمُ^(٥): وَكَأَلْتُكَ مُعْلَقَةً بِمَا لَمْ يُوجَدْ، فَيَقُولُ الْوَكِيلُ: بَلْ هِيَ مُنْجَزَةٌ؛ لَتَعْلُقِهَا بِكَائِنٍ، وَبَرَهَنَ عَلَى الْمِلْكِ وَنَحْوِهِ، وَلَا يُعْلَقُ بِفَعْلِ الْغَائِبِ ك: إِنْ نَكَحَ، إِنْ وَقَفَ، إِنْ طَلَّقَ، إِنْ مَلَكَ، هَذَا مَا ظَهَرَ لِي)) اهـ مُلْخَصًا.

قلت: وفيه نظر؛ لِأَنَّ الْمَانِعَ إِثْبَاتِ الضَّرَرِ بِالْغَائِبِ، قَالَ فِي "الْفَتْحِ"^(٦): ((الْأَصْلُ أَنَّ مَا كَانَ شَرْطًا لثُبُوتِ الْحَقِّ لِلْحَاضِرِ مِنْ غَيْرِ إِبْطَالِ حَقِّ لِلْغَائِبِ قُبِلَتْ الْبَيِّنَةُ فِيهِ؛ إِذْ لَيْسَ فِيهِ قَضَاءٌ عَلَى الْغَائِبِ^(٧)، وَمَا تَضَمَّنَ إِبْطَالًا عَلَيْهِ لَا تَقْبَلُ)) اهـ. فَعُلِمَ أَنَّ الْمُنَاطَ إِبْطَالُ حَقِّ الْغَائِبِ، سِوَاءِ

(قَوْلُهُ: وَعَلَيْهِ: فَإِثْبَاتُ طَلَاقٍ مُعْلَقٍ (لِخ) عِبَارَةُ "الْبَحْرِ": ((وَعَلَى هَذَا إِذَا أَرَادَ إِثْبَاتُ طَلَاقٍ مُعْلَقٍ بِدُخُولِ شَهْرِ فَالْحِلَّةِ فِيهِ ذَلِكَ وَلَوْ كَانَ الزَّوْجُ (لِخ)).

(١) المَقُولَةُ [٢٦٣٥٧] قَوْلُهُ: ((لِكُونِهِ مَعْرُوضًا عَنْهُ)).

(٢) "الْبَحْرُ": كِتَابُ الْفَضَاءِ - بَابُ كِتَابِ الْقَاضِي إِلَى الْقَاضِي وَغَيْرِهِ ٢٣/٧.

(٣) "الْخُلَاصَةُ": كِتَابُ الشَّهَادَاتِ - الْفَصْلُ الثَّانِي فِيمَا يَقْبَلُ مِنَ الشَّهَادَةِ ق ٢١٦/ب يَتَصَرَّفُ.

(٤) "الْبَحْرُ": كِتَابُ الْفَضَاءِ - بَابُ كِتَابِ الْقَاضِي إِلَى الْقَاضِي وَغَيْرِهِ ٢٣/٧.

(٥) فِي "ب": ((لِخَصْمٍ))، وَهُوَ خَطَأً.

(٦) "الْفَتْحُ": كِتَابُ أَدَبِ الْقَاضِي - بَابُ كِتَابِ الْقَاضِي إِلَى الْقَاضِي - فَصْلُ آخِر ٤٠٥/٦.

(٧) فِي "م": ((الْغَائِبِ))، وَهُوَ خَطَأً.

وَمَنْ أَرَادَ أَنْ لَا يَزِنِي فَحِيلَتُهُ مَا فِي دَعْوَى "الْبَرَّازِيَّة"^(١): ((ادَّعَى عَلَيْهَا أَنَّ زَوْجَهَا الْغَائِبَ طَلَّقَهَا، وَانْقَضَتْ عِدَّتُهَا وَتَزَوَّجَهَا، فَأَقْرَتَ بِزَوْجِيَّةِ الْغَائِبِ وَأَنْكَرَتَ طَلَاقَهُ، فَبَرَهَنَ عَلَيْهَا بِالطَّلَاقِ يُقْضَى عَلَيْهَا أَنَّهَا زَوْجَةُ الْحَاضِرِ،.....

كَانَ الشَّرْطُ فَعْلَةً أَوْ لَا، فَلَا فَرْقَ بَيْنَ كَوْنِ الشَّرْطِ: إِنْ نَكَحَ، أَوْ: إِنْ كَانَتْ مَنْكُوحَتُهُ، فَتَفْرِيعُ هَذِهِ الْمَسَائِلِ عَلَى مَا فِي "الْخِلَاصَةِ" غَيْرُ ظَاهِرٍ؛ إِذْ مَا فِيهَا لَيْسَ فِيهِ حُكْمٌ عَلَى غَائِبٍ أَصْلًا، بِخِلَافِ هَذِهِ الْمَسَائِلِ، فَإِنَّ فِيهَا الْحُكْمَ عَلَى الْغَائِبِ ابْتِدَاءً بِمَا يَتَضَرَّرُ بِهِ وَلَوْ مِلْكًا، فَإِنَّهُ قَدْ يَبْزُمُ مِنْهُ ضَرَرٌ وَاضِعُ الْيَدِ الْمُدَّعِي أَنَّهُ مِلْكُهُ، وَغَيْرُ ذَلِكَ، فَتَدَبَّرْ.

[٢١٣٨٨] (قَوْلُهُ: وَمَنْ أَرَادَ^(٢) أَنْ لَا يَزِنِي الْخ) إِنْ كَانَتْ هَذِهِ الْحِيلَةُ صَدَقًا فَلَا وَجْهَ لِتَسْمِيَّتِهَا حِيلَةً، وَلَا لِقَوْلِهِ: ((وَمَنْ أَرَادَ أَنْ لَا يَزِنِي))، وَصَنِيعُهُ يُوْهِمُ أَنَّ ذَلِكَ سَائِعٌ كَذِبًا وَلَيْسَ كَذَلِكَ، بَلْ مَثَلُهُ مِنْ أَكْبَرِ الْكِبَائِرِ، "ط"^(٣). فَالْصَّوَابُ إِسْقَاطُ هَذِهِ الْعِبَارَةِ وَالِاقْتِصَارُ عَلَى عِبَارَةِ "الْبَرَّازِيَّةِ" كَمَا فَعَلَ فِي "الْبَحْرِ"^(٤)، عَلَى أَنَّ فِي صَحْحِ هَذَا الْفَرْعِ كَلَامًا نَذَرَهُ عَقِيَّةً^(٥).

[٢١٣٨٩] (قَوْلُهُ: فَبَرَهَنَ عَلَيْهَا بِالطَّلَاقِ) أَي: وَبَآئِنَ تَزَوُّجِهَا بَعْدَ الْعِدَّةِ كَمَا هُوَ ظَاهِرٌ.
[٢١٣٩٠] (قَوْلُهُ: يُقْضَى عَلَيْهَا أَنَّهَا زَوْجَةُ الْحَاضِرِ) أَي: وَيُقْضَى عَلَى الْغَائِبِ بِالطَّلَاقِ كَمَا يَدُلُّ عَلَيْهِ مَا بَعْدَهُ.

قُلْتُ: لَكِنْ تَقَدَّمَ^(٦) أَنَّ الْقَضَاءَ عَلَى الْغَائِبِ إِنَّمَا يَصِحُّ إِذَا كَانَ سَبَبًا لِمَا يُقْضَى عَلَى

(قَوْلُهُ: قُلْتُ: لَكِنْ تَقَدَّمَ أَنَّ الْقَضَاءَ عَلَى الْغَائِبِ إِنَّمَا يَصِحُّ الْخ) نَعَمْ، طَلَاقُ الْغَائِبِ لَيْسَ سَبَبًا لِمَا يُدَّعَى عَلَى الْحَاضِرِ مِنَ التَّزْوُجِ أَصْلًا، بَلْ هُوَ شَرْطٌ لَهُ، وَقَدْ عَلِمْتَ أَنَّ حَيْثُ إِثْبَاتِ طَلَاقِ الْغَائِبِ كُلُّهَا عَلَى الضَّعِيفِ مِنْ أَنَّ الشَّرْطَ كَالسَّبَبِ، فَعَلِيَ هَذَا مَا فِي "الْفُصُولِ" عَلَى الصَّحِيحِ، وَمَعْنَى جَعْلِي مَا ذَكَرَ

(١) "البرازية": كتاب الدعوى - الفصل الثاني عشر في دعوى النكاح ٣٦٧/٥ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) في "ب": ((أزاد)) بالزاي المعجمة، وهو خطأ.

(٣) "ط": كتاب القضاء - فصل في الحبس ٢٠٠/٣.

(٤) "البحر": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٢٢/٧.

(٥) المقولة [٢٦٣٩٠] قوله: ((يُقْضَى عَلَيْهَا أَنَّهَا زَوْجَةُ الْحَاضِرِ)).

(٦) المقولة [٢٦٣٧٥] قوله: ((سبباً لا محالة)).

ولا يحتاج إلى إعادة البينة إذا حضر الغائب)). (ولو قضى على غائب بلا نائب ينفذ) في أظهر الروايتين عن أصحابنا، ذكره "ملا خسرو"^(١) في باب خيار العيب

الحاضر لا محالة، ولا شك أن طلاق الغائب ليس كذلك؛ لأن التزوج قد يكون بدون طلاق كما لو لم تكن زوجة أحد، وانظر ما قدمناه^(٢) عند قوله: ((سبباً لا محالة)) يظهر لك حقيقة الأمر. [٢٦٣٩١] (قوله: ولا يحتاج إلخ) قال "الخير الرملي": ((وفي "جامع الفصولين"^(٣) خلافة)). [٢٦٣٩٢] (قوله: ولو قضى على غائب إلخ) أي: قضى من يرى جواز كشفه؛ لإجماع الحنفية على أنه لا يقضى على غائب كما ذكره "الصدر الشهيد" في "شرح أدب القضاء"^(٤)، كذا حققه في "البحر"^(٥).

والحاصل: أنه لا خلاف عندنا في عدم جواز القضاء على الغائب، وإنما الخلاف في أنه لو قضى به من يرى جوازه: هل ينفذ بدون تنفيذ أو لا بد من إمضاء قاضي آخر؟ ورأيت نحو هذا منقولاً عن "إجابة السائل"^(٦) عن بعض رسائل العلامة "قاسم"^(٧)، وبه ظهر أن قول "المصنف" فيما مر^(٨): ((ولا يقضى على غائب)) بيان لحكم المذهب عندنا، وقوله هنا: ((ولو قضى إلخ)) حكاية للخلاف في النفاذ وعدمه.

حيلة أنه لو فعلنا لعدم الرئي؛ لنفاذ القضاء بشهادة الزور باطلاً وإن أتم، وأغلب الحيل الشرعية كذلك، لكن هذا إذا كانت المرأة في نفس الأمر مطلقة ومُنْقِضَةُ الْعِدَّةِ، وإلا لا ينفذ باطلاً لعدم المحل.

(١) "الدرر والغرر": كتاب البيوع ١٦٦/٢.

(٢) المقالة [٢٦٣٧٥] قوله: ((سبباً لا محالة)).

(٣) "جامع الفصولين": الفصل الخامس في القضاء على الغائب والقضاء الذي يتعدى إلى غير المقضي عليه إلخ ٤١/١.

(٤) "شرح أدب القاضي": الباب الثاني والثلاثون في الحجر بسبب الدين ٣٩٥/٢.

(٥) "البحر": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ١٧/٧.

(٦) وهو - والله أعلم - "إجابة السائل" في اختصار "أنفع الوسائل" لعمر بن نجيم، وتقدم الكلام عليه ٥٢١/١٣.

(٧) هي - والله أعلم - رسالته المسماة: "رد القول الخائب في القضاء على الغائب". ("كشف الظنون" ٨٣٧/١).

(٨) ص ٤٦٩ - "در".

قلت: بقي ما لو قضى الحنفى بذلك، ولا يخفى أنه يأتي فيه الكلام المار^(١) فيما لو قضى في مجتهد فيه بخلاف رأيه وما فيه من التفصيل واختلاف التصحيح، فعلى قول من رجح الجواز لا يبقى فرق بين الحنفى وغيره، وعلى هذا يحمل ما صرح به في "القنية"^(٢): ((من أنه لا يشترط في نفاذ القضاء على الغائب أن يكون من شافعي))، وبه اندفع ما أورده ٢/٢٢٢٥/٣١ "الرملي" و"المقديسي" عني صاحب "البحر"، حيث خصصه بمن يرى جوازه كما ذكرنا. واندفع أيضاً ما يؤولهم من المناقاة بين ما ذكره "الصدر الشهيد" وما في "القنية"، هذا ما ظهر لي، فندبره. لكن استظهر في "البحر"^(٣) بعد ذلك تخصيص الخلاف في النفاذ وعديمه بالحكم للمفقود لا مطلق الغائب، واستدل بعبارة في "الحانية"^(٤)، ونازعه "الرملي": ((بأنها لا تدل على مدع، بل الظاهر من كلامهم التعميم)) اهـ. وقال في "جامع الفصولين"^(٥): ((قد اضطربت^(٦) آراؤهم وبيأئهم في مسائل الحكم للغائب وعليه ولم يصف، ولم يُنقل عنهم أصل قوي ظاهر يُبنى عليه الفروع بلا اضطراب ولا إشكال، فالظاهر عندي أن يتأمل في الوقائع ويحتاط، ويُلاحظ الحرج والضرورات فيفتي بحسبها جوازا أو فسادا، مثلاً: لو طلق امرأته عند العدل، فغاب عن البلد ولا يعرف مكانه، أو يعرف ولكن يعجز عن إحضاره، أو عن أن تسافر إليه هي أو وكيلها لبعده أو لمانع آخر، وكذا المديون لو غاب وله نقد في البلد أو نحو ذلك، ففي مثل هذا لو برهن عني

(قوله: فالظاهر عندي أن يتأمل في الوقائع إلخ) صاحب "الفصولين" ليس من أهل الترجيح، وعلمت أن المذهب أنه لا يُقضى على غائب، فعلى هذا يكون القضاء عليه خلاف المذهب وإن كان فيه ضرورة، تأمل.

(١) ص ٤٦٣ - وما بعدها "در".

(٢) "القنية": كتاب أدب القاضي - باب القضاء في المجتهدات وما يتصل به ق ١٣٠/ب، نقلاً عن القاضي عبد الجبار وعلي السغدني.

(٣) "البحر": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ١٨/٧.

(٤) "الحانية": كتاب الدعوى والبيات - باب ما يطل دعوى المدعي قبل القضاء أو بعده - فصل فيما يقضى في المجتهدات إلخ ٤٥٦/٢ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٥) "جامع الفصولين": الفصل الخامس في القضاء على الغائب والقضاء الذي يتعدى إلى غير المقتضى عليه إلخ ٤٣/١ - ٤٤ - تصرف.

(٦) في "الأصل" و"ك" و"٣" و"ب": ((اضطرب))، وما أثبتناه من "م" هو الموافق لعبارة "جامع الفصولين".

(وقيل: لا) ينفذ، ورجحه غير واحد، وفي "المنية" و"البرازية"^(١) و"مجمع الفتاوى": ((وعليه الفتوى))، ورجح في "الفتح"^(٢) توقفه على إمضاء قاضٍ آخر.

الغائب وغلب على ظن القاضي أنه حق لا تزوير ولا حيلة فيه فينبغي أن يحكم عليه وله، وكذا للمفتي أن يفتي بجوازه دفعاً للحرج والضرورات، وصيانة للحقوق عن الضياع مع أنه مجتهد فيه، ذهب إليه الأئمة الثلاثة^(٣)، وفيه روايتان عن أصحابنا، وينبغي أن ينصب عن الغائب وكيل يعرف أنه يراعي جانب الغائب ولا يفرط في حقه)) اهـ. وأقره في "نور العين"^(٤).

قلت: ويؤيده ما يأتي قريباً^(٥) في المسخر، وكذا ما في "الفتح"^(٦) من باب المفقود: ((لا يجوز القضاء على الغائب إلا إذا رأى القاضي مصلحة في الحكم له وعليه فحكم فإنه ينفذ؛ لأنه مجتهد فيه)) اهـ.

قلت: وظاهره ولو كان القاضي حنفياً ولو في زماننا، ولا ينافي ما مر^(٧)؛ لأن تجويز هذا للمصلحة والضرورة.

[٢٦٣٩٣] (قوله: وقيل: لا ينفذ) أي: بل يتوقف على إمضاء قاضٍ آخر كما في "البحر"^(٨).

[٢٦٣٩٤] (قوله: ورجح في "الفتح" إلخ) ليس قولاً ثالثاً، بل هو القول الثاني كما علمت،

(قوله: ولو في زماننا إلخ) لا ينفذ في زماننا؛ للتقييد للقضاة بالصحيح. اهـ. وقد علمت أن حكم المذهب أنه لا يقضى على غائب، تأمل.

(١) "البرازية": كتاب أدب القاضي - الفصل الرابع فيما يتعلق بقضائه إلخ - نوع في علمه ١٧٤/٥ نقلًا عن الإمام ظهير الدين (هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) "الفتح": كتاب أدب القاضي - باب كتاب القاضي إلى القاضي - فصل آخر ٤٠٢/٦.

(٣) انظر "مواهب الجليل": باب الأفضية ٤٦/٦ وما بعدها، و"نهاية المحتاج" كتاب القضاء - باب القضاء على الغائب ٢٦٨/٨ وما بعدها، و"المغني": كتاب القضاء - مسألة في الحكم على الغائب ٦٣١/١٣ وما بعدها.

(٤) "نور العين": الفصل الخامس في القضاء على الغائب والقضاء الذي يتعدى إلى غير المقضي عليه إلخ ١/٨ ب.

(٥) المقالة [٢٦٣٩٥] قوله: ((والمتمم إلخ)).

(٦) "الفتح": كتاب المفقود ٣٦٨/٥ - ٣٦٩.

(٧) المقالة [٢٦٣٦١] قوله: ((ولا يقضى على غائب)).

(٨) "البحر": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ١٧/٧.

وفي "البحر"^(١): ((والمعتمد أنَّ القضاء على المُسَخَّر لا يَجُوزُ إِلَّا^(٢)) لضرورة، وهي في خمس مسائل: اشترى بالخيار فتواری. اختفى المكفول له.

وهذا مبني على أنَّ نفس القضاء مُجْتَهِدٌ فيه كقضاء محدود في قذف بعد توبته، والأوَّل مبني على أنَّ المجتهد فيه سبب القضاء، وهو أنَّ هذه البيئة هل تكون حجةً للقضاء بلا خصم حاضر أم لا؟ فإذا قضي بها نفذ كما لو قضي بشهادة المحدود في قذف بعد توبته.

مطلب في القضاء على المُسَخَّر

[٢٦٣٩٥] (قوله: والمعتمد الخ) مُقابله قول "خواهر زاده" بجوازه؛ لأنه أفتى بجواز القضاء على الغائب، وهو عين القضاء على الغائب، "بحر"^(٣)، وفيه أيضاً^(٤): ((وتفسير المُسَخَّر: أنَّ ينصب القاضي وكلاً عن الغائب ليسمع الخصومة عليه)). وشرطه عند القائل به أن يكون الغائب في ولاية القاضي.

[٢٦٣٩٦] (قوله: وهي في خمس) لم يذكر الرابعة في "البحر"، بل زادها "الشرح".
[٢٦٣٩٧] (قوله: اشترى بالخيار) أي: وأراد الرد في المدّة فاخفى البائع، فطلب المشتري من القاضي أن ينصب خصماً عن البائع ليردّه عليه، وهذا أحد قولين عزاها في "جامع الفصولين"^(٥) إلى الخاتبة^(٦)، لكنّه قدّم هذا، وعادة "قاضي خان" تقديم الأشهر.

[٢٦٣٩٨] (قوله: اختفى المكفول له) صورته: كفل بنفسه على أنه إن لم يواف به غداً فدينه على الكفيل، فغاب الطالب في الغد فلم يجدّه الكفيل، فرفع الأمر إلى القاضي، فنصب

(١) "البحر": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٢٠/٧ بتصرف.

(٢) في "و": ((لا)).

(٣) "البحر": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٢٠/٧.

(٤) "البحر": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ١٩/٧.

(٥) "جامع الفصولين": الفصل الخامس في القضاء على الغائب والقضاء الذي يتعدى إلى غير المقضي عليه الخ ٣٩/١.

(٦) "الخاتبة": كتاب البيوع - باب الخيار ١٨٣/٢ - ١٨٤ (هامش "الفتاوى الهندية").

حَلَفَ لَيُؤْفِقَنَّهُ الْيَوْمَ فَتَغَيَّبَ الدَّائِنُ. جَعَلَ أَمْرَهَا بِيَدِهَا إِنْ لَمْ تَصِلْ نَفَقَتُهَا فَتَغَيَّبَتْ.

وكيلاً عن الطالب وسلم إليه المكفول عنه يبرأ، وهو خلاف ظاهر الرواية، إنما هو في بعض الروايات عن أبي يوسف، قال "أبو الليث" ^(١): ((لو فعَلَ به قاضٍ عَلمَ أَنَّ الخصمَ تَغَيَّبَ لذلك فهو حسنٌ))، "جامع الفصولين" ^(٢).

قلت: ما قاله "أبو الليث" توفيق بين الروايتين، لكن ما ذكره من التصحيح في المسألة التالية لهذه ينبغي إجراؤه في رواية "أبي يوسف"؛ إذ لا فرق يظهر بين المسألتين، تأمل.

[٢٦٣٩٩] (قوله: حَلَفَ لَيُؤْفِقَنَّهُ الْيَوْمَ إلخ) بأن علق المديون العتق أو الطلاق [٢٢٢٣/٣٦] على عَدَمِ قضاؤه الْيَوْمَ، ثُمَّ غَابَ الطَّالِبُ، وَخَافَ الْحَالِفُ الْحِنْتَ، فَإِنَّ الْقَاضِيَّ يَنْصِبُ وَكِيلًا عَنِ الْغَائِبِ وَيَدْعُو الدَّيْنَ إِلَيْهِ، وَلَا يَحْنُ الْحَالِفُ، وَعَلَيْهِ الْفَتْوَى، "بجر" ^(٣) عن "الحاشية" ^(٤). وفي "حاشية مسكين" ^(٥) عَنِ الشَّيْخِ "شَرَفِ الدَّيْنِ الْغَزِّي" ^(٦): ((أَنَّهُ لَا حَاجَةَ إِلَى نَصْبِ الْوَكِيلِ لِقَبْضِ الدَّيْنِ، فَإِنَّهُ إِذَا دَفَعَ ^(٧) إِلَى الْقَاضِي بَرَّ فِي عَمَلِهِ عَلَى الْمُخْتَارِ الْمُفْتَى بِهِ كَمَا فِي كَثِيرٍ مِنْ كُتُبِ الْمَذْهَبِ الْمُعْتَمَدَةِ، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ نَمَّةً قَاضٍ حَنْتَ عَلَى الْمُفْتَى بِهِ)) اهـ.

[٢٦٤٠٠] (قوله: فَتَغَيَّبَتْ) أي: لِإِقْبَاعِ الطَّلَاقِ عَلَيْهِ، فَإِنَّهُ يَنْصَبُ مَنْ يَقْبِضُ لَهَا، "ط" ^(٨).

(١) لم نثر على النقل في مظانه من "خزانة الفقه" و"عيون المسائل" لأبي الليث.

(٢) "جامع الفصولين": الفصل التاسع عشر في مسائل الإجازات المعهودة بسمرقند من القرض والمستقرض ١٨٠/١. تصرف.

(٣) "البحر": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٢٠/٧.

(٤) "الحاشية": كتاب الدعوى والبيات - باب ما يطل دعوى المدعي قبل القضاء أو بعده - فصل فيما يقضي في المحتندات إلخ ٤٥٦/٢ باختصار (هامش "الفتاوى الهندية").

(٥) "فتح المعين": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٣٨/٣.

(٦) تقدمت ترجمته ٦١٢/١.

(٧) في "الأصل": ((رفع)).

(٨) "ط": كتاب القضاء - فصل في الحبس ٢٠١/٣.

الخامسة: إذا توارى الخصم، فالتأخرون: أنَّ القاضي يَنْصِبُ وكيلاً في الكل، وهو قول "الثاني" ((، "حائية"^(١)). قلت: ونقل "شراح الوهبائية" عن "شرح أدب القاضي"^(٢): ((أنه قول الكل، وأنَّ القاضي يَحْتِمُ بيته مدةً يراها، ثمَّ يَنْصِبُ الوكيل)).

[٢٦٤٠١] قوله: "حائية" لم أرَ هذه العبارة في "الحائية" في هذا المحل^(٣).

مطلب في الخصم إذا احتفى في بيته

[٢٦٤٠٢] قوله: الخامسة إلخ ذكر في "شرح أدب القاضي"^(٤): ((لو قال رجلٌ للقاضي:

لي على فلان حقٌ وقد توارى عني في منزله، فالقاضي يكتب إلى الوالي في إحضاره، فإن لم يظفر به وسأل الطالب الحتم على يابه: فإن أتى بشاهدين أنه في منزله وقالوا: رأيناه منذ ثلاثة أيام أو أقل ختم عليه، لا إن زاد على ثلاث، والصحيح أنه مفوض إلى رأي الحاكم، فإذا ختم وطلب المدعي أن ينصب له وكيلاً بعث القاضي إلى داره رسلاً مع شاهدين يُنادي بحضرتهما ثلاثة أيام في كل يوم ثلاث مرات: يا فلان بن فلان إنَّ القاضي يقول لك: احضر مع خصمك فلان مجلس الحكم ولا نصبت لك وكيلاً وقيلت بيته عليك، فإن لم يخرج نصب له وكيلاً، وسمع شهود المدعي، وحكم عليه بحضر وكيله)) اهـ ملخصاً.

[٢٦٤٠٣] قوله: أنه قول الكل أي: النصب عن الخصم المتواري، وهو الذي تُعطيه

عبارة "الكمال"^(٥).

[٢٦٤٠٤] قوله: وأنَّ القاضي إلخ الذي في "شرح الأدب" هو ما ذكرناه^(٦) من تفويض المدعي إلى القاضي

قوله: الذي في "شرح الأدب" هو ما ذكرناه من تفويض المدعي إلى القاضي إلخ والذي في "الخلاصة"

(١) "الحائية": كتاب الدعوى والبيئات - فصل فيما يستحق على القاضي وما ينبغي له أن يفعل وما لا يفعل ٣٦٦/٢ بتصرف (هامش الفتاوى الهيدية).

(٢) "شرح أدب القاضي" للصدر الشهيد: الباب الثلاثون في العدوى والإعداء ٣٢٦/٢ - ٣٣٠ باختصار.

(٣) العزو إلى "الحائية" في نسخ "الدر" التي بين أيدينا بعد المسألة الخامسة، وهي في "الحائية" كما سيأتي، والذي يظهر أنَّ العزو إلى "الحائية" في نسخة ابن عابدين رحمه الله بعد المسألة الرابعة، ولذا صرح بأنه لم يرها في هذا المحل، والله أعلم.

(٤) "شرح أدب القاضي" للصدر الشهيد: الباب الثلاثون في العدوى والإعداء ٣٢٦/٢ - ٣٣٠.

(٥) "الفتح": كتاب أدب القاضي - باب كتاب القاضي إلى القاضي - فصل آخر ٤٠٢/٦.

(٦) أي: "شرح أدب القاضي"، انظر المقولة [٢٦٤٠٢] قوله: ((الخامسة إلخ)).

(ولاية بيع التركة المستغرقة بالدين للقاضي لا للورثة)؛

في رؤية الشاهدين للمختفي لا في مدة الختم، والذي في "شرح الوهبائية"^(١) مثل ما ذكرناه أيضاً.

مطلب في بيع التركة المستغرقة بالدين

[٢٦٤٠٥] (قوله: ولاية بيع التركة المستغرقة بالدين للقاضي لا للورثة) هذا مُقَيَّدٌ بما إذا لم تَفَقَّ الوَرثة على أداء الدين كله من ماله؛ إما في الثامن والعشرين من "جامع الفصولين"^(٢): ((لو أرادت الورثة أداء دينه لتبقى تركته لهم، فاتفقوا عليه وتحملوا قضاء دينه وإنفاذ وصاياه من ماله فلم يملك ذلك، ولو اختلفوا فلو وصيَّ بيعها لدينه ووصاياه، ولا يلتفت إلى قولهم))، ثم قال^(٣): ((وجاز لأحد الورثة استخلاص العين من التركة بأداء قيمته إلى الغرماء لا إلى الوارث الآخر)) اهـ. وقوله: ((بأداء قيمته إلخ)) قال "الرملّي" في "حاشيته" عليه^(٤): ((هذا إذا لم يكن الدين زائداً لأنه ذكر قبله أن الدين لو كان زائداً على التركة فلم يستخلاصها بأداء دينه كله لا بقدر تركته))، كقن جنى يقدية مولاه بأرثيه^(٥).

[٢٦٤٠٦] (قوله: لا للورثة) أي: إلا برضا الغرماء، حتى لو باع الوارث - أي: بدون رضا الغرماء - لا ينفذ، وكذلك المولى إذا حصر على العبد المأذون وعليه دين مُحِيطٌ ليس

من الجنس الثالث في التقليد: ((القاضي إذا جعل نائباً عن الغائب حتى يسمع عليه الخصومة - ويسمى هذا المُسَخَّرَ - والغائب ليس في ولاية هذا القاضي لا تصح هذه الإنابة، وليس لهذا طريق عند علمائنا رحمهم الله تعالى، وعند أهل البصرة إذا كان الخصم مُخْتَفِياً فلقاضي يَحْتِمُ على باب داره أياماً، وبعد ذلك يجعل نائباً عنه)) اهـ، تأمل.

(١) "تفصيل عقد الفرائد": فصل من كتاب أدب القاضي ٣٠٠/١.

(٢) "جامع الفصولين": الفصل الثامن والعشرون في مسائل التركة والورثة والدين في التركة إلخ ٢٤/٢ بتصرف، وفيه: ((فاتفقوا)) بدل ((فاتفقوا)).

(٣) "جامع الفصولين": الفصل الثامن والعشرون في مسائل التركة والورثة والدين في التركة إلخ ٢٤/٢ بتصرف.

(٤) "الآلآم الدرية في الفوائد الخيرية": الفصل الثامن والعشرون في مسائل التركة والورثة والدين في التركة إلخ ٢٤/٢ بتصرف (هامش "جامع الفصولين").

(٥) قوله: ((كقن جنى يقدية مولاه بأرثيه)) من عبارة "جامع الفصولين"، نقلاً عن "فتاوى رشيد الدين".

للمولى أن يبيع العبد وما في يده، وإنما يبيعه القاضي، كذا هذا، "منح" ^(١) عن "العمادية". ثم ذكر ^(٢) عن "القنية" ^(٣) قولين: ثانيهما: ((أن القاضي إنما يبيع التركة المستغرقة لقضاء الدين إذا امتنع الورثة عن بيعها))، ولم يخلو ترجيحاً، لكن اقتصاره في "المتن" على القول الأول تبعاً لـ "الدرر" ^(٤) يُفيد ترجيحَهُ، وحكى القولين في "التأريخات" و"البرازية" ^(٥) أيضاً، ورأيت بخط شيخ مشايخنا "ملا علي التركماني" ما نصّه: ((أقول: فلذا القضاء الآن يأذنون لبعض ورثة الميت المستغرقة تركته بالدين يبيعه لوفاء دينه توفيقاً بين القولين وعملاً بهما)).

(تنبيه)

لم يذكر بيع الوصي، وفي "جامع الفصولين" ^(٦): ((يصح بيع الوصي تركة مستغرقة لو بقيمتها، وليس للغرماء إبطاله)).

(قوله: ثم ذكر عن "القنية" قولين إلخ) عبارتها: ((قالت الورثة في التركة المستغرقة: لا نتعرض لها ولا نبيعها، ولا نقضي الدين من مالنا، قيل: يبيعها القاضي أو وصيه عن الميت، وقيل: يجبرون على البيع إذا طلب الغرماء، فإذا امتنعوا يبيعها القاضي ويقضي الدين. "شط" ^(٧): الدين المستغرق يمنع الملك للوارث، حتى لا يملك يبعها ولا يبتها، ولو وهب ثم سقط الدين لا ينفذ، ولو اعتق ثم سقط نفذ)) اهـ. فانت ترى أن الأقوال ثلاثة. (قوله: توفيقاً بين القولين وعملاً بهما) فيه: أنه لا يظهر العمل بالقولين إلا إذا كان الإذن لكل الورثة؛ إذ على القول الثاني الولاية لهم جميعاً لا لبعضهم.

(قوله: لم يذكر بيع الوصي) وفي "البرازية" من الفصل التاسع في إثبات الوصاية من القضاء: ((الوصي أولى بالتصرف في التركة من الجد، فإن لم يكن له وصي يملك الجد التصرف في التركة إن كانت التركة حالية

(١) "المنح": كتاب القضاء - فصل في الحبس ٥٩ق/٢ ب.

(٢) أي: صاحب "المنح": كتاب القضاء - فصل في الحبس ٥٩ق/٢ ب.

(٣) "القنية": كتاب بالوصايا - باب ثبوت الملك للوارث في التركة وتصرفه فيها ق ١٧٣/١، نقلاً عن "الذخيرة".

(٤) "الدرر والغرر": كتاب القضاء ٤١٠/٢.

(٥) "البرازية": كتاب الوصايا - الفصل الثامن في دفع الظلم - نوع في تصرف المريض ٤٥٣/٦ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٦) "جامع الفصولين": الفصل الثامن والعشرون في مسائل التركة والورثة والدين في التركة إلخ ٢٤٤/٢.

(٧) هو رمز في "القنية" لـ "شرح الطحاوي".

لَعَدَمِ مِلْكِهِمْ حَيْثُ كَانَ الدَّيْنُ لغيرِهِمْ.

[٢٦٤٠٧] (قوله: لَعَدَمِ مِلْكِهِمْ) قال في "جامع الفصولين"^(١): ((ولو استغرقها ذَيْنَ لا يَمْلِكُهَا بَارِتٌ إِلَّا إِذَا أَبْرَأَ الْمَيْتَ غَرْمُهُ أَوْ آدَاهُ وَارِثُهُ بِشَرْطِ التَّبَرُّعِ وَقَتَ الْأَدَاءِ، أَمَا لَوْ آدَاهُ مِنْ مَالٍ نَفْسِهِ مُطْلَقًا بِلَا شَرْطِ تَبَرُّعٍ أَوْ رَجُوعٍ يَجِبُ لَهُ ذَيْنٌ عَلَى الْمَيْتِ، فَتَصِيرُ التَّرَكَةُ مُشْغُولَةً بِدَيْنِهِ فَلَا يَمْلِكُهَا، حَتَّى لَوْ تَرَكَ ابْنًا وَقَنًا وَدَيْنُهُ مُسْتَغْرَقٌ فَأَدَاهُ وَارِثُهُ، ثُمَّ أَذِنَ لِقَنٍّ فِي التَّجَارَةِ أَوْ كَاتِبُهُ لَمْ [٢/٢٢٣ق/٢] يَصِحَّ؛ إِذْ لَمْ يَمْلِكْهُ)) اهـ. وتأم الكلام على ذلك في "المنح"^(٢).

مطلب: دفع الورثة كرمًا من التركة إلى أحدهم ليقضي ذَيْنَ مورثهم فقضاهُ يصحُّ
(تنبيه)

قَيَّدَ بِالتَّرَكَةِ الْمُسْتَغْرَقَةِ لِأَنَّهُ غَيْرُهَا مِلْكٌ لِلْوَرَثَةِ، وَفِي "جامع الفصولين"^(٣): ((عليه ذَيْنَ غَيْرُ مُسْتَغْرَقٍ فَلِلْحَاضِرِ مِنْ وَرَثَتِهِ بَيْعُ حَصَّتِهِ لِحَصَّتِهِ مِنَ الدَّيْنِ، لَا بَيْعُ حَصَّةٍ غَيْرِهِ لِلذَّيْنِ؛ لِأَنَّهَا مِلْكُ الْوَارِثِ الْآخَرِ؛ إِذِ الدَّيْنُ لَمْ يَسْتَغْرَقْ، فَلَوْ دَفَعَتِ الْوَرَثَةُ إِلَى أَحَدِهِمْ كَرَمًا مِنَ التَّرَكَةِ لَيَقْضَى ذَيْنَ مُورَثِهِمْ وَهُوَ غَيْرُ مُسْتَغْرَقٍ فَقَضَاهُ صَحَّ؛ لِأَنَّهُ بَيْعٌ مِنْهُمْ لِحَصَّتِهِمْ مِنْهُ بِقَدْرِ الدَّيْنِ؛ لِأَنَّهُمْ لَوْ دَفَعُوهُ إِلَى أَجْنَبِيٍّ لِأَدَاءِ الدَّيْنِ يَكُونُ بَيْعًا، كَذَا هَذَا)).

[٢٦٤٠٨] (قوله: حَيْثُ كَانَ الدَّيْنُ لغيرِهِمْ) قال في "جامع الفصولين"^(٤): ((استغراقُ التَّرَكَةِ بِدَيْنِ الْوَارِثِ لَا يَمْنَعُ إِرْثَهُ إِذَا كَانَ هُوَ وَارِثُهُ لَا غَيْرَ)) اهـ.

مِنَ الدَّيْنِ، وَإِنْ كَانَتْ مُسْتَغْرَقَةً بِالدَّيْنِ لَا يَمْلِكُ أَحَدٌ بَيْعَ التَّرَكَةِ، وَيَمْلِكُ الْوَصِيُّ ذَلِكَ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَصِيٌّ نَصَّبَ لَهُ الْقَاضِي وَصِيًّا)) اهـ.

(١) "جامع الفصولين": الفصل الثامن والعشرون في مسائل التركة والورثة والدين في التركة إلخ ٢/٢٣ بتصرف.

(٢) "المنح": كتاب القضاء - فصل في الخيس ٢/٥٩ق/ب وما بعدها.

(٣) "جامع الفصولين": الفصل الثامن والعشرون في مسائل التركة والورثة والدين في التركة إلخ ٢/٢٤.

(٤) "جامع الفصولين": الفصل الثامن والعشرون في مسائل التركة والورثة والدين في التركة إلخ ٢/٢٣.

(يُقْرِضُ الْقَاضِي مَالَ الْوَقْفِ.....)

وَمُقَادَةُ: أَنَّهُ لَوْ كَانَ الدَّيْنُ لِبَعْضِ الْوَرَثَةِ فَهُوَ كدَيْنِ الْأَجْنَبِيِّ بِالنِّسْبَةِ إِلَى بَاقِي الْوَرَثَةِ.

(تَنْبِيْهٌ)

ذَكَرَ "الْخَيْرُ الرَّمْلِيُّ" فِي "حَاشِيَةِ الْفُصُولِ"^(١): ((أَنَّ قَوْلَهُ هُنَا: ((لَا يَمْنَعُ إِرْثُهُ)) لَا يُنَافِي مَا مَرَّ آنَفًا^(٢) مِنْ أَنَّ الْوَرَاثَ لَوْ أَدَّى دَيْنَ الْغَرِيمِ بِلَا شَرْطٍ تَبَرُّعٍ لَا يَمْلِكُهَا؛ لِأَنَّهُ يُثْبِتُ لَهُ الرَّجُوعَ بِأَدَاءِ الدَّيْنِ بَعْدَ أَنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مِلْكٌ، فَلَا يَمْلِكُ الْقَنْ إِلَّا بِتَمْلِيكِ الْقَاضِي، بِخِلَافِ الْإِسْتِغْرَاقِ بِدَيْنِهِ ابْتِدَاءً؛ إِذْ لَا مَانِعَ يَمْنَعُهُ مِنَ الْمِلْكِ)) اهـ.

مطلب: للقاضي إقراض مال اليتيم ونحوه

[٢٦٤٠٩] (قوله: يُقْرِضُ الْقَاضِي الْيَتِيمَ) أي: يُسْتَحَبُّ لَهُ ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ لِكَثْرَةِ أَشْغَالِهِ^(٣) لَا يُمْكِنُهُ أَنْ يُبَاشِرَ الْحِفْظَ بِنَفْسِهِ، وَالدَّفْعَ بِالْقَرْضِ أَنْظَرُ لِلْيَتِيمِ؛ لَكُونِهِ مَضمُونًا، وَالْوَدِيعَةُ أَمَانَةٌ. وَيَنْبَغِي لَهُ أَنْ يَتَفَقَّدَ أَحْوَالَ الْمُسْتَقْرِضِينَ، حَتَّى لَوْ اخْتَلَّ أَحَدُهُمْ أَخَذَ مِنْهُ الْمَالَ، وَتَمَامُهُ فِي "الْبَحْرِ"^(٤). وَلَيْسَ لِلْقَاضِي أَنْ يَسْتَقْرِضَ ذَلِكَ لِنَفْسِهِ، "ط"^(٥) عَنْ "الْهِنْدِيَّةِ"^(٦).
[٢٦٤١٠] (قوله: مَالُ الْوَقْفِ) ذَكَرَهُ فِي "الْبَحْرِ"^(٧) عَنْ "جَامِعِ الْفُصُولِ"^(٨)، لَكِنْ فِيهِ^(٩)

(١) "الآلَاءُ الدَّرِيَّةُ فِي الْفَوَائِدِ الْخَيْرِيَّةِ": الْفَصْلُ الثَّامِنُ وَالْعِشْرُونَ فِي مَسَائِلِ التَّرَكَةِ وَالْوَرَثَةِ وَالْذِينَ فِي التَّرَكَةِ الْخ ٢٣/٢ بِتَصْرِفٍ (هَامِشٌ "جَامِعِ الْفُصُولِ").

(٢) وَنَقَلَ ابْنُ عَابِدِينَ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي الْمَقُولَةِ السَّابِقَةِ.

(٣) "ت": ((أَسْتَغْنَاهُ))، وَمِثْلُهُ فِي مَطْبُوعَةٍ وَمَخْطُوطَةٍ "الْبَحْرِ" اللَّتَيْنِ بَيْنَ أَيْدِينَا.

(٤) أَنْظَرُ "الْبَحْرِ": كِتَابُ الْقَضَاءِ - بَابُ كِتَابِ الْقَاضِي إِلَى الْقَاضِي وَغَيْرِهِ ٢٣/٧.

(٥) "ط": كِتَابُ الْقَضَاءِ - فَصْلُ فِي الْحَبْسِ ٢٠١/٣ بِتَصْرِفٍ.

(٦) "الْفَتَاوَى الْهِنْدِيَّةُ": كِتَابُ أَدَبِ الْقَاضِي - الْبَابُ الْخَامِسُ عَشَرَ فِي أَقْوَالِ الْقَاضِي وَمَا يَنْبَغِي لِلْقَاضِي أَنْ يَفْعَلَ وَمَا لَا يَفْعَلَ ٣٤٤/٣.

(٧) "الْبَحْرِ": كِتَابُ الْقَضَاءِ - بَابُ كِتَابِ الْقَاضِي إِلَى الْقَاضِي وَغَيْرِهِ ٢٤/٧.

(٨) "جَامِعِ الْفُصُولِ": الْفَصْلُ السَّابِعُ وَالْعِشْرُونَ فِي تَصْرِفَاتِ الْأَبِ وَالْوَصِيِّ وَالْقَاضِيِ وَالتَّوَلَّى الْخ ١٣/٢.

(٩) "الْبَحْرِ": كِتَابُ الْوَقْفِ ٢٥٩/٥.

والغائب) واللقطة (واليتيم) من مَلِيٍّ مؤْتَمَنِ.....

أيضاً عن "العدة"^(١): ((يَسَعُ لِلْمُتَوَلَّى إِقْرَاضُ مَا فَضَلَ مِنْ غَلَّةِ الْوَقْفِ لَوْ أُحْرَزَ)) اهـ.
ومقتضاه: أنه لا يختص بالقاضي، مع أنه صرَّح في "البحر"^(٢) عن "الخزانة": ((أَنَّ الْمُتَوَلَّى يَضْمَنُ إِلَّا أَنْ يُقَالَ: إِنَّهُ حَيْثُ لَمْ يَكُنِ الْإِقْرَاضُ أُحْرَزَ)).

[٢٦٤١١] (قوله: والغائب) زاد في "البحر"^(٣): ((وَلَهُ يَبْعُ مَنْقُولُهُ إِذَا خَافَ التَّلَفَ إِذَا لَمْ يَعْلَمْ بِمَكَانِ الْغَائِبِ، أَمَّا إِذَا عَلِمَ فَلَا؛ لِأَنَّهُ يُمْكِنُهُ بَعْثُهُ إِلَيْهِ إِذَا خَافَ التَّلَفَ)) اهـ. وانظر هل يُقَيَّدُ إِقْرَاضُهُ مَالَهُ بِمَا إِذَا لَمْ يَعْلَمْ بِمَكَانِهِ؟

[٢٦٤١٢] (قوله: واللقطة) الظاهر قراءته بالتصبي عطفاً على ((مال))، وَيَجُوزُ جَرُّهُ عَطْفًا عَلَى الْمَضَافِ إِلَيْهِ، وَهُوَ أَوَّلَى؛ لِثَلَاثِ يَقَعُ مَنْصُوبًا بَيْنَ مَجْرُورَيْنِ، لَكِنَّ الْإِضَافَةَ فِيهِ بَيَانِيَّةٌ، وَفِيمَا قَبْلَهُ وَمَا بَعْدَهُ لَامِيَّةٌ، تَأْمَلُ.

ثُمَّ الظَّاهِرُ أَنَّ الْمُرَادَ بِإِقْرَاضِ الْقَاضِي اللَّقْطَةَ هُنَا مَا إِذَا دَفَعَهَا الْمُتَلَقِّطُ إِلَيْهِ، وَإِلَّا فَالتَّصَرُّفُ فِيهَا مِنْ تَصَدِّقٍ أَوْ إِسْكَائٍ لِلْمُتَلَقِّطِ، تَأْمَلُ.

[٢٦٤١٣] (قوله: من مَلِيٍّ) بالهمز، في "المصباح"^(٤): ((رَجُلٌ مَلِيٍّ عَلَى فَعِيلٍ: غَنِيٌّ مُقْتَدِرٌ، وَيَجُوزُ الْإِبْدَالُ وَالْإِدْغَامُ)) اهـ. أي: إبدال الهمزة ياءً وإدغامها في الياء.

(قوله: إِلَّا أَنْ يُقَالَ: إِنَّهُ حَيْثُ لَمْ يَكُنِ الْإِقْرَاضُ أُحْرَزَ) الظاهر: أَنَّ إِقْرَاضَ الْمُتَوَلَّى فِيهِ رَوَاتِبَانِ كَالْوَصِيِّ وَالْأَبِ، وَإِلَّا فَلِإِحْرَازِ أَمْرٍ لَا بُدَّ مِنْهُ حَتَّى بِالنَّسْبَةِ لِلْقَاضِي.
(قوله: ثُمَّ الظَّاهِرُ: أَنَّ الْمُرَادَ بِإِقْرَاضِ الْقَاضِي اللَّقْطَةَ هُنَا مَا إِذَا دَفَعَهَا الْمُتَلَقِّطُ إِلَيْهِ) (السخ) الظاهر: أَنَّ لِلْقَاضِي إِقْرَاضَهَا قَبْلَ تَجْوِيزِ التَّصَدِّقِ لِلْمُتَلَقِّطِ، فَإِنَّهُ لَا يَمْلِكُهُ، فَيَمْلِكُهُ الْقَاضِي نَظِيرَ مَا يَأْتِي، فَيَكُونُ لَهُ وَلَايَةُ إِقْرَاضِهَا وَلَوْ بَدُونِ دَفْعِهَا لَهُ.

(١) ينقل ابن نجيم في "البحر" عن "عدة المفتي" للصدر الشهيد (ت ٥٣٦هـ)، ويسميتها غالباً "عمدة الفتاوى". انظر

"كشف الظنون" ١١٦٩/٢، و"هدية العارفين" ٧٨٣/١، وانظر "البحر" ٢٤٥/١، ٣٤٩، ٦٣/٢، ١٠٧.

(٢) "البحر": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٢٤/٧.

(٣) "المصباح": مادة ((ملأ)).

حيث لا وصي، ولا من يقبله مضاربةً،.....

[٢٦٤١٤] (قوله: حيث لا وصي) هذا الشرط زاده في "البحر"^(١) بحثاً بقوله: ((وينبغي أن يُشترط لجواز إقراض القاضي عَدَمُ وصي لليتيم، فإن كان له وصي ولو منصوب القاضي لم يحز؛ لأنه من التصرف في ماله، وهو ممنوع منه مع وجود وصيه كما في بيع "القنية"^(٢)) اهـ. ورده مُحشيه "الرملي": ((بأن إطلاق المتون على خلافه، وبأنه إذا لم يحز منه والوصي ممنوع من الإقراض امتنع النظر لليتيم، ولا قائل به، تأمل)) اهـ. لكنه أفتى في وصايا "الخيرية"^(٣): ((بأن للوصي إقراض مال اليتيم بأمر القاضي))، أخذاً مما في وقف "البحر"^(٤) عن "القنية"^(٥): ((من أن للمتولي إقراض مال المسجل بأمر القاضي)). قال^(٦): ((والوصي مثل القيم؛ لقولهم: الوصية والوقف أخوان)). فلم يمتنع النظر لليتيم بهذه الجهة. نعم يرد على "البحر" أن الوصي إذا كان لا يملك الإقراض بدون إذن القاضي عليم أن ذلك لم يدخل تحت [ب/٢٢٣/٣] وصاياته، بل بقي للقاضي، فلم يكن ممنوعاً منه مع وجود الوصي كما لو نصب وصياً على يتيمة ليس لها ولي، فللقاضي أن يزوجه بنفسه، أو يأذن للوصي بتزويجها، وليس للوصي ذلك بدون إذن؛ إذ لا يدخل تحت وصاياته، بخلاف بيع مال اليتيم ونحوه، فليس للقاضي فعله مع وجود الوصي، فلذا لم يذكّر هذا القيد في المتون، فافهم.

[٢٦٤١٥] (قوله: ولا من يقبله مضاربةً إلخ) في "البحر"^(٧) عن "جامع الفصولين"^(٨): ((إنما

(١) "البحر": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٢٣/٧.

(٢) "القنية": كتاب البيوع - باب في بيع الأب والأم والجد والوصي إلخ ق ١١٠/أ.

(٣) "الفتاوى الخيرية": كتاب الوصايا ٢/٢٢٠.

(٤) "البحر": كتاب الوقف ٥/٢٥٩.

(٥) "القنية": كتاب الوقف - باب في تصرفات القيم في الأوقاف إلخ ق ٩١/ب، نقلاً عن علاء الدين الخياطي وكمال يباغي.

(٦) أي: الرملي في "الفتاوى الخيرية": كتاب الوصايا ٢/٢٢٠.

(٧) "البحر": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٢٤/٧.

(٨) "جامع الفصولين": الفصل السابع والعشرون في تصرفات الأب والوصي والقاضي والمتولي إلخ ٢/١٤.

ولا مُسْتَعْلًا يَشْتَرِيهِ، وله أَخَذَ الْمَالَ مِنْ أَبِي مُبَذَّرٍ وَوَضَعَهُ عِنْدَ عَدْلٍ، "قنية"^(١). (ويَكْتَبُ الصَّكَّ) نَذْبًا لِيَحْفَظَهُ. (لا) يُقْرِضُ^(٢) (الأب) ولو قاضيًا؛ لأنه لا يقضي لولديه،.....

يَمْلِكُ الْقَاضِي إِقْرَاضَهُ إِذَا لَمْ يَجِدْ مَا يَشْتَرِيهِ لَهُ يَكُونُ غَلَّةً لِلْيَتِيمِ، لا لو وجدَهُ أو وجدَ مَنْ يُضَارِبُ؛ لأنه أنْفَعُ) اهـ. أي: أنْفَعُ مِنَ الْإِقْرَاضِ، وما قيل: إِنَّ مَالَ الْمُضَارِبَةِ أَمَانَةٌ غَيْرُ مَضْمُونٍ فَيَكُونُ الْإِقْرَاضُ أَوْلَى، فهو مدفوعٌ بَأَنَّ الْمُضَارِبَةَ فِيهَا رِبْحٌ، بخلافِ الْقَرْضِ.

[٢٦٤١٦] (قوله: ولا^(٣) مُسْتَعْلًا يَشْتَرِيهِ) أي: ما يكونُ فِيهِ لِلْيَتِيمِ غَلَّةٌ كما عَلِمَتْ، وهو منصوبٌ بالعطفِ على محلِّ اسمِ ((لا)) الأولى، وإلَّا كَانَ حَقُّهُ الرَّفْعَ أوِ الْبِنَاءَ على الْفَتْحِ كما لا يَخْفَى.

[٢٦٤١٧] (قوله: لِيَحْفَظَهُ) أي: بِالِاسْتِذْكَارِ لِلْمَالِ وَأَسْمَاءِ الشُّهُودِ ونحوِ ذَلِكَ.

[٢٦٤١٨] (قوله: لا يُقْرِضُ الأبُ) أي: فِي أَصَحِّ الرَّوَايَتَيْنِ، "فتح"^(٤). قال فِي "البحر"^(٥): ((وفي

"خزانة الفتاوى": الصَّحِيحُ أَنَّ الْأَبَ كَالْقَاضِي، فَقَدْ اخْتَلَفَ التَّصْحِيحُ، والمعتمدُ ما فِي المتون، وشعلَ ما إِذَا أَخَذَ مَالَ وَلَدِهِ الصَّغِيرِ قَرْضًا لِنَفْسِهِ، وهو مرويٌّ عَنِ "الإمام"، وقيل: لَهُ ذَلِكَ، ولم أَرِ حُكْمَ الْجَدِّ فِي جَوَازِ إِقْرَاضِهِ على رِوَايَةِ جَوَازِهِ لِلْأَبِ، وَالظَّاهِرُ: أَنَّهُ كَالْأَبِ؛ لِقَوْلِهِمْ: الْجَدُّ أَبُو الْأَبِ كَالْأَبِ إِلَّا فِي مَسَائِلَ، وَاخْتَلَفُوا فِي إِعَارَةِ الْأَبِ مَالَ وَلَدِهِ الصَّغِيرِ، وَفِي الصَّحِيحِ: (لا) اهـ.

[٢٦٤١٩] (قوله: لأنه لا يقضي لولديه) لأنه رُبَّمَا يُنْكَرُ الْمُسْتَقْرِضُ، فَيَحْتَاجُ لِلْيَنَنَةِ وَالْقَضَاءِ بِهَا، "ط"^(٦).

(قوله: لأنه رُبَّمَا يُنْكَرُ الْمُسْتَقْرِضُ إلخ) بل فِعْلُهُ قَضَاءٌ، فَيَكُونُ حَاكِمًا لَوْلَدِهِ بِنَفْسِ الْإِقْرَاضِ.

(١) "القنية": كتاب أدب القاضي - باب ولاية القاضي وتصرفاته على الغير ق ١٢٩/أ - ب، نقلًا عن "نتمة الصغرى".

(٢) فِي "ط": ((بقرض)) بالباء، وهو خطأ.

(٣) فِي "م": ((ولو))، وهو خطأ.

(٤) "الفتح": كتاب أدب القاضي - باب كتاب القاضي إلى القاضي - فصل آخر ٤٠٥/٦.

(٥) "البحر": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٢٣/٧ - ٢٤ باختصار.

(٦) "ط": كتاب القضاء - فصل فِي الْحِجْسِ ٢٠١/٣ بتصرف.

(و) لا (الوصي)، ولا الملتقط، فإن أقرضوا ضمنوا؛ لعجزهم عن التحصيل، بخلاف القاضي، ويستثنى إقراضهم للضرورة كد: حرق، ونهب، فيجوز اتفاقاً، "بحر"^(١)، ومتى جاز للملتقط التصدق بالإقراض أولى.

(٢٦٤٢٠١) (قوله: ولا الوصي) فلو فعل لا يعدّ خيانة، فلا يعزل به، وكذا ليس له أن يستقرض لنفسه على الأصح، فلو فعل ثم أنفق على اليتيم مئة يكون متبرعاً؛ إذ^(٢) صار ضماناً، فلا يتخلص ما لم يرفع الأمر إلى الحاكم، ويملك الإيداع والبيع نسيئة، وتأمه في "البحر"^(٣)، وفيه^(٤) عن "الخزانة": ((إذا أجز الوصي، أو الأب، أو الجد، أو القاضي الصغير في عمل من الأعمال فالصحيح جوازها وإن كانت بأقل من أجرة المثل)) اهـ. أي: لأن للوصي والأب والجد استعمالاً بلا عوض بطريق التهذيب والرياضة، فبالعوض أولى كما في السابع والعشرين من "جامع الفصولين"^(٥)، ونظام أبحاث هذه المسائل فيه.

(٢٦٤٢١١) (قوله: ومتى جاز إلخ) تقييد لقوله: ((ولا الملتقط)). بما إذا كان قبل جواز التصدق

(قول "الشارح": بخلاف القاضي) أي: فإنه قادر عليه، حتى لو لم يجد الشهود لموت، أو غيبة قضى بعلومه، واستخرج "عبد الحليم" عن "الفتح": ((لكن على هذا لا يظهر الفرق بين القاضي وغيره في الإقراض إلا على القول بأن للقاضي أن يقضي بعلومه، وعلى مقابله لا يظهر الفرق بينهما، فلا يملك إيه؛ لعجزهما عن التحصيل، تأمل))، ثم رأيت في آخر القضاء من "المبسوط" ما نصه: ((وإذا دفع القاضي مالاً يتيم إلى تاجر فجحده التاجر فالقاضي مُصدّق في ذلك على التاجر يقضي عليه بالمال؛ لأنه قاض فيما يفعله في مال اليتيم، وفيما يُخير به من القضاء هو مُصدّق؛ لأنه يُخير بما يملك الإنشاء)) اهـ.

(١) "البحر": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٢٤/٧ بتصرف.

(٢) في "م": ((إذا))، ومثله في مطبوعة "البحر".

(٣) انظر "البحر": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٢٤/٧.

(٤) "جامع الفصولين": الفصل السابع والعشرون في تصرفات الأب والوصي والقاضي والمتولي إلخ ١٢/٢.

(ولو قضى بالجور فالغرم عليه في ماله إن مُتعمداً وأقر به) أي: بالعمد، (ولو خطأ ف-) الغرم (على المَقْضِيِّ له)، "درر"^(١).....

بها، وهذا ذكره "الزَّيْلَعِيُّ"^(٢) في مسائل شتى آخر الكتاب بقوله: ((إلا أن الملتقط إذا نشد^(٣) اللقطة ومضى مدة النشيدات ينبغي أن يجوز له الإقراض من فقير؛ لأنه لو تصدق بها عليه في هذه الحالة جاز، فالقرض أولى)) اهـ. فافهم.

مطلب فيما لو قضى القاضي بالجور^(٤)

[٢٦٤٢٢] (قوله: ولو قضى بالجور^(٥)) (إلخ) القضاء بخلاف الحق إما عن خطأ، أو عمد، وكل على وجهين: إما في حقه تعالى، أو حق العبد، فالخطأ في حق العبد: إما أن يمكن فيه التدارك والرد أو لا، فإن أمكن بأن قضى بمال، أو صدقة، أو طلاق، أو إعتاق، ثم ظهر أن الشهود عبيد، أو كفار، أو محدودون في قذف يطل القضاء، ويرد العبد رقيقاً، والمرأة إلى زوجها، والمال إلى من أخذ منه، وإن لم يمكن الرد بأن قضى بالقيصاص واقتصر لا يقتل المَقْضِيُّ له، وتصير^(٦) صورة القضاء شبهة مانعة، بل تحب الدية في مال المَقْضِيِّ له، وهذا كله إذا ظهر خطأ القاضي بالبيينة، أو بإقرار المَقْضِيِّ له، فلو بإقرار القاضي لا يظهر في حق المَقْضِيِّ له، حتى لا يطل القضاء في حقه، وأما الخطأ في حقه تعالى بأن قضى بحد زنى، أو سرقة، أو شرب، واستوفى الحد، ثم ظهر أن^(٧) الشهود كما مر^(٨) فالضمان في بيت المال، وإن كان القضاء بالجور عن عمد وأقر به فالضمان في ماله في الوجوه كلها بالجناية

(١) "الدرر والغرر": كتاب القضاء ٤١١/٢، معزياً لـ "التارخانية" و"الوقائع".

(٢) "تبين الحقائق": مسائل شتى ٢٢٦/٦.

(٣) في "٣": ((أنشد))، ومثله في مطبوعة "تبين الحقائق".

(٤) في "الأصل": ((بالجوراء))، وهو تحريف.

(٥) في "الأصل" و"ب" و"م": ((ويصير)) بالثناة النحتية، وما أثبتناه من "٢" هو الموافق لعبارة "الهندية".

(٦) أي: في هذه المقولة من كون ظهور الشهود عبيداً، أو كفاراً، أو محدودين في القذف كما صرح بذلك "ط" ٣٠٢/٣.

والإتلاف، ويُعزَّرُ القاضي ويُعزَّلُ عن القضاء، "ط"^(١) عن "الهندية"^(٢) مُلخَّصاً.
مطلب: إذا قاسَ القاضي وأخطأَ فالخصومةُ للمدَّعي عليه مع القاضي والمدَّعي يومَ القيامة

(تنبيه)

القاضي إذا قاسَ مسألةً على مسألةٍ وحكمَ، ثمَّ ظهرَ روايةً بخلافه فالخصومةُ للمدَّعي عليه يومَ القيامة مع القاضي والمدَّعي، أمَّا مع المدَّعي فلأنَّه أتمَّ بأخذِ المالِ، وأمَّا مع القاضي فلأنَّه أتمَّ بالاجتهاد؛ لأنَّ أحدًا ليس من أهلِ الاجتهادِ في زماننا، وبعضُ أذكِياءِ حواريِّمِ قاسَ المفتيَ على القاضي، فأوردتُ أنَّ القاضيَ صاحبُ مباشرةٍ للحكمِ، فكيف يؤاخذُ السَّببُ مع المباشِرِ؟! فانقطعَ، وكان له أن يقولَ: إنَّ القاضيَ في زماننا مُلجأٌ إلى الحكمِ بعدَ الفتوى؛ لأنَّه لو تركَ يُلامُ؛ لأنَّه غيرُ عالمٍ حتَّى يقضيَ بعلومه، "بزازية"^(٣) قبيل الشَّهادات.

قلتُ: وفيه نظرٌ، فإنَّ هذا لا يُسمَّى إلجاءَ حقيقةً، وإلَّا لزمَ أنْ تنقطعَ النسبةُ عن المباشِرِ إلى المُتسبِّبِ كما لو أكرهَ رجلٌ آخرَ بإتلافِ غُصْنٍ على أخذِ مالٍ إنسانٍ، فإنَّ الضَّمانَ على المُكرِه - بالكسر -؛ لصيرورة المُكرِه - كالآلة، ولا شكَّ أنَّ ما هنا ليس كذلك، فلم تنقطعَ النسبةُ عن المباشِرِ - وهو القاضي - وإنَّ أتمَّ المُتسبِّبِ - وهو المفتي -، ولا يُقاسُ هذا على مسألةٍ تضمينِ السَّاعي إلى ظالمٍ مع أنَّ السَّاعي مُتسبِّبٌ لا مُباشِرٌ، فإنَّ تلكَ مسألةٌ استحسانيةٌ خارجةٌ عن القياسِ زَجراً عن السَّعاية، لكن قد يُقالُ: إنَّ هذا حُكْمُ الضَّمانِ في الدُّنيا والكلامُ في الخصومةِ

(قولهُ: وبعضُ أذكِياءِ حواريِّمِ قاسَ المفتيَ إلخ) انظرُ رسالة "أدب المفتي الهندية" في هذه المسألة.

(١) "ط": كتاب القضاء - فصل في الحبس ٢٠٢/٣.

(٢) "الفتاوى الهندية": كتاب أدب القاضي - الباب الرابع عشر في القاضي يقضي بقضية ثمَّ بدا له أن يرجع عنها، وفي وقوع القضاء بغير حق ٣٤١/٣، معرياً لـ "المحيط".

(٣) "البزازية": كتاب أدب القاضي - الفصل العاشر في الحبس - نوع في ولاية القاضي ٢٣٦/٥ - ٢٣٧.

وفي "المنح" ^(١) معزياً لـ "السراج": ((قال "محمد": لو قال: تعمّدتُ الجَوْرَ انعزَلْ عن القضاء))، وفيه عن "أبي يوسف": ((إذا غلبَ جَوْرُهُ ورِشَوَتُهُ رُدَّتْ قضاياهُ وشهادتهُ)).

(فروغ)

القضاءُ مُظْهِرٌ لا مُثْبِتٌ، ويتخصّصُ بزمانٍ ومكانٍ، وخصومةٍ.....

في الآخرة، ولا شك في أنّ كلاً من المباشيرِ والمُسبِّبِ ظالمٌ آثمٌ، وللمظلومِ الخصومةُ معهما وإن اختلفَ ظلمُهما، فإنَّ المباشيرَ ظلمُهُ أشدُّ، كَمَنْ أَمْسَكَ رجلاً حتّى قَتَلَهُ آخرُ.

[٢٦٤٢٣] (قوله: انعزَلْ عن القضاءِ الظاهرُ: أنّ هذا وما بعده مبنيانِ على روايةِ انعزالِهِ بالفِسقِ، وتقدّم أنّ المذهبَ أنّه لا ينعزِلُ، بل يَسْتَحِقُّ العَزْلَ.

[٢٦٤٢٤] (قوله: وفيه) لم يذكرْ ذلك في "المنح"، فيعودُ الضميرُ إلى "السراج".

[٢٦٤٢٥] (قوله: وشهادتهُ) أي: إذا أرادَ أن يشهدَ شهادةً عندَ القاضي المولّى لا يقبلُها؛ لِفِسْقِهِ بغلبةِ الجَوْرِ والرِّشوةِ، فافهم.

[مطلب: القضاءُ مُظْهِرٌ لا مُثْبِتٌ]

[٢٦٤٢٦] (قوله: القضاءُ مُظْهِرٌ لا مُثْبِتٌ) لأنَّ الحَقَّ المحكومَ به كان ثابتاً، والقضاءُ أظهره، والمرادُ ما كان ثابتاً ولو تقديراً كالقضاءِ بشهادةِ الزُّورِ كما مرَّ ^(٢) بيانهُ في تعريفِ القضاءِ عن "ابنِ الغرس":

مطلب: القضاءُ يَقْبَلُ التَّقْيِيدَ والتَّعْلِيقَ

[٢٦٤٢٧] (قوله: ويتخصّصُ بزمانٍ ومكانٍ، وخصومةٍ) عزاهُ في "الأشباه" ^(٣) إلى "الخلاصة" ^(٤)،

(١) "المنح": كتاب القضاء - فصل في الحيس ٢/٦٠ أ/ بتصرف.

(٢) المقولة [٢٥٩٢٢] قوله: ((وقيل غيرُ ذلك)).

(٣) "الأشباه والنظائر": الفن الثاني: الفوائد - كتاب القضاء والشهادات والدعاوي ص ٢٧٢.

(٤) "الخلاصة": كتاب القضاء - الفصل الأول - الجنس الثالث في التقيد ١٩٤ ب/.

وقال في "الفتح" ^(١) من أول كتاب القضاء: ((الولاية تقبل التقييد والتعليق بالشرط كقوليه: إذا وصلت إلى بلدة كذا فأنت قاضيهما، وإذا ^(٢) وصلت إلى مكة فأنت أمير الموسم، بالإضافة: كجعلتك قاضياً في رأس الشهر، والاستثناء منها: كجعلتك قاضياً إلا في قضية فلان، ولا تنظر في قضية كذا، والدليل على جواز تعليق الإمارة وإضافتها قوله ﷺ حين بعث البعث إلى مؤتة وأمر عليهم زيد بن حارثة: ((إن قتل زيد بن حارثة فجعفر أميركم، وإن قتل جعفر فعبد الله بن رواحة، وهذه القصة مما اتفق عليها جميع أهل السير والمغازي ^(٣))). اهـ.

(١) "الفتح: ٣٥٨/٦ بتصرف.

(٢) في "الأصل": ((أو إذا)).

(٣) روى أحمد بن أبي بكر ومصعب بن عبد الله الزبيري وإبراهيم بن المنذر ويعقوب بن حميد عن المغيرة بن عبد الرحمن المخزومي عن عبد الله بن سعيد بن أبي هند عن نافع عن ابن عمر قال: ((أمر رسول الله ﷺ في غزوة مؤتة زيد بن حارثة، وقال: إن قتل زيد فجعفر، وإن قتل جعفر فعبد الله بن رواحة، قال عبد الله: كنت معهم تلك الغزوة، فالتمسنا جعفر بن أبي طالب فوجدناه في القتلى، ووجدنا فيما نزل من جسده بضعا وسبعين ضربة ورمية)). أخرجه البخاري (٤٢٦١) في المغازي - باب غزوة مؤتة، وابن أبي عاصم في "الجهاد" (٢٥٧)، وابن حبان في "صحيحه" كما في "الإحسان" (٤٧٤١)، والطبراني في "الكبير" (١٤٦٣)، وأبو نعيم في "الحلية" (١١٧/١)، والبيهقي في "الكبرى" (١٥٤/٨)، و"دلائل النبوة" (٣٦٠/٤) و٣٦١.

وابن أبي هند: مدني ثقة، قال أحمد: ثقة ثقة، وثقه ابن معين وأبو داود ويعقوب بن سفيان وابن سعد وابن المديني وابن الزبيري، وقال النسائي: ليس به بأس، وقال يحيى القطان: كان صالحا تعرف وتنكر، وقال أبو حاتم: ضعيف الحديث، وذكره ابن حبان في "الثقات" وقال: يخطئ.

والمغيرة بن عبد الرحمن المخزومي: فقيه المدينة، وثقه يعقوب بن شيبة، وذكره ابن حبان في "الثقات" وقال: ربما أخطأ، وقال أبو زرعة: لا بأس به، وقال عباس عن ابن معين: ثقة، وضعه أبو داود وقال: غلط عباس، قال ابن حجر: ليس له في البخاري سوى حديث واحد في غزوة مؤتة من روايته عن ابن أبي هند عن نافع عن ابن عمر، وتابعه عنده سعيد بن أبي هلال عن نافع.

فرواه ابن وهب عن عمرو بن الحارث عن سعيد بن أبي هلال عن نافع عن ابن عمر ((أنه وقف على جعفر يومئذ وهو قتل، فعددت به خمسين بين طعنة وضربة، ليس منها شيء في ذنبه، يعني: في ظهره)).

أخرجه البخاري (٤٢٦٠) في المغازي - باب غزوة مؤتة، وأخرجه سعيد بن منصور (٢٨٣٥) مُطَوَّلًا في غزوة مؤتة عن ابن أبي هلال بلاغًا، ومُسْتَدًّا عن نافع كرواية البخاري، وليس فيه لفظ: (إِنْ قُتِلَ زَيْدٌ فَجَعَفَرٌ، وَإِنْ قُتِلَ جَعْفَرٌ فَعَبْدُ اللَّهِ بْنِ رَوَاحَةَ).

وكذلك رواه أبو معشرٍ عن نافعٍ عن ابن عمر قال: ((عَدَدْتُ ...)) نَحْوَ عَمْرِو بْنِ الْحَارِثِ عِنْدَ الْبُخَارِيِّ. أخرجه سعيد بن منصور (٢٨٣٦).

وروى أبو أُوَيْسٍ عن عبد الله بن عمر العُمَرِيُّ عن نافعٍ به نحوه.

أخرجه ابنُ أبي شَيْبَةَ ٥٥٠/٨، وابنُ سَعْدٍ في "الطبقات" ٣٨/٤، إلّا أنه وقع في "المصنف" (عُبَيْدُ اللَّهِ)، فإن كان صواباً فهو ثقةٌ إمام، وإلّا فعبدُ الله أخوه ضعيفٌ، لكنّه مُتَابِعٌ عليه.

ورواه أبو جعفر [الباقري] عن نافعٍ عن ابن عمر قال: ((وَجِدْتُ أَوْ وَجَدْنَا فِيمَا أَقْبَلَ مِنْ بَدَنِ جَعْفَرِ بْنِ أَبِي طَالِبٍ مَا بَيْنَ مَنَكِبَيْهِ تِسْعِينَ ضَرْبَةً بَيْنَ طُعْنَةِ بَرْمِجٍ وَضَرْبَةِ سَيْفٍ)). أخرجه ابنُ سعدٍ ٣٨/٤.

وروى وَهْبُ بْنُ جَرِيرٍ وَمُوسَى بْنُ إِسْمَاعِيلَ وَعَبْدُ اللَّهِ بْنُ أَبِي بَكْرٍ الْعَتَكِيُّ عَنْ جَرِيرِ بْنِ حَازِمٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي يَعْقُوبَ عَنْ الْحَسَنِ بْنِ سَعْدٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ جَعْفَرٍ قَالَ: ((بَعَثَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ حِشْيَا اسْتَعْمَلَ عَلَيْهِمْ زَيْدٌ بِنَ حَارِثَةَ، فَإِنْ قُتِلَ زَيْدٌ أَوْ اسْتُشْهِدَ فَأَمِيرُكُمْ جَعْفَرٌ، فَإِنْ قُتِلَ أَوْ اسْتُشْهِدَ فَأَمِيرُكُمْ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ رَوَاحَةَ، فَلَقُوا الْعَدُوَّ، فَأَخَذَ زَيْدٌ فِقَاتِلَ حَتَّى قُتِلَ، ثُمَّ أَخَذَ الرَّابِيَةَ جَعْفَرٌ، فِقَاتِلَ حَتَّى قُتِلَ، ثُمَّ أَخَذَهَا عَبْدُ اللَّهِ بْنُ رَوَاحَةَ، فِقَاتِلَ حَتَّى قُتِلَ، ثُمَّ أَخَذَ الرَّابِيَةَ خَالِدُ بْنُ الْوَلِيدِ فَفَتَحَ اللَّهُ عَلَيْهِ، وَأَتَى خَبْرَهُمُ النَّبِيُّ ﷺ، فَخَرَجَ إِلَى النَّاسِ وَحَبَدَ اللَّهُ وَأَتَى عَلَيْهِ، وَقَالَ: إِنَّ إِبْرَاهِيمَ لَمَوْءُودٌ، وَإِنْ زَيْدٌ أَخَذَ الرَّابِيَةَ، فِقَاتِلَ حَتَّى قُتِلَ أَوْ اسْتُشْهِدَ، ثُمَّ أَخَذَ الرَّابِيَةَ بَعْدَهُ جَعْفَرٌ بْنُ أَبِي طَالِبٍ، فِقَاتِلَ حَتَّى قُتِلَ أَوْ اسْتُشْهِدَ، ثُمَّ أَخَذَ الرَّابِيَةَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ رَوَاحَةَ، فِقَاتِلَ حَتَّى قُتِلَ أَوْ اسْتُشْهِدَ، ثُمَّ أَخَذَ الرَّابِيَةَ سَيْفٌ مِنْ سَيْفِ اللَّهِ خَالِدُ بْنُ الْوَلِيدِ فَفَتَحَ اللَّهُ عَلَيْهِ، ثُمَّ أَمَهَلَ آلَ جَعْفَرٍ ثَلَاثًا أَنْ يَأْتِيَهُمْ، ثُمَّ أَنَاهُمْ فَقَالَ: لَا تَبْكُوا عَلَى أَحَدٍ بَعْدَ الْيَوْمِ، ادْعُوا إِلَى ابْنِي أَحَدِي، قَالَ: فَجَاءَ بَنَّا كَاتِبًا أَفْرَحُ، فَقَالَ: ادْعُوا لِي الْخَلَاقَ، فَجَاءَ بِالْخَلَاقِ فَحَلَقَ رُؤُوسًا، قَالَ: أَمَّا مُحَمَّدٌ فَشَبَّهِ عَمَّنَّ أَبِي طَالِبٍ، وَأَمَّا عَبْدُ اللَّهِ فَشَبَّهِ خَلْقِي وَخَلْقِي، ثُمَّ أَخَذَ بِيَدِي فَأَشَافَهَا فَقَالَ: اللَّهُمَّ اخْلُفْ جَعْفَرًا فِي أَهْلِهِ، وَبَارِكْ لِعَبْدِ اللَّهِ فِي صَفَقَةِ يَمِينِهِ، قَالَهَا ثَلَاثَ مَرَّاتٍ، قَالَ: فَجَاءَتْ أُمَّنَا فَذَكَرْتُ لَهُ يَتَمَنَّا وَجَعَلْتُ تَقْرِحُ لَهُ، فَقَالَ: الْعَيْلَةُ تَخَافُنَ عَلَيْهِمْ وَأَنَا وَلَهُمْ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ).

أخرجه أحمد ٢٠٤/١، والنسائي في "الكبرى" (٨٦٠٤)، وابنُ سعدٍ في "الطبقات" ٣٦/٤ - ٣٧، والطحاوي في "بيان المشكل" (٥١٦٩)، واليزاري في "البحر الزخار" (٢٢٥٧)، والطبراني في "الكبير" (١٩٤/١٣)، والحاكم في "المستدرک" ٢٩٨/٣، وأبو نعيمٍ ومين طريقه الضياء المقدسي في "المختارة" ١٦٢/٩ (١٣٧) و(١٣٨) و(١٣٩) و(١٤٠). وقال اليزاري: وهذا الكلام لا نعلم رواه عن النبي ﷺ إلّا عبد الله بن جعفر.

وأخرجه أبو داود (٤١٩٢)، والنسائي في "المحتسب" ١٨٢/٨، والكبرى (٨١٦٠) و(٩٢٩٥)، وابنُ أبي عاصمٍ في "الآحاد والمثاني" (٤٣٤). مُخْتَصَرًا عَلَى (رَأَى النَّبِيُّ ﷺ أَمَهَلَ آلَ جَعْفَرٍ ثَلَاثًا أَنْ يَأْتِيَهُمْ، ثُمَّ أَنَاهُمْ فَقَالَ: لَا تَبْكُوا عَلَى أَحَدٍ بَعْدَ الْيَوْمِ، ثُمَّ قَالَ: ادْعُوا لِي ابْنِي أَحَدِي، قَالَ: فَجَاءَ بَنَّا كَاتِبًا أَفْرَحُ، فَقَالَ: ادْعُوا لِي الْخَلَاقَ، فَأَمَرَهُ فَحَلَقَ رُؤُوسًا). -

والحسن بن سعد الهاشمي مولاهم الكوفي، وثقه النسائي وابن نمير وابن حبان والعلجلي.
وعنه بن أبي يعقوب التميمي البصري: قال ابن معين وأبو حاتم والنسائي وابن نمير وابن حبان والعلجلي:
ثقة. ولذلك قال ابن حجر في "الفتح" ٥١١/٧: إسناده صحيح.
إلا أن أبا أسامة رواه عن مهدي بن ميمون عن محمد بن أبي يعقوب عن الحسن بن سعد قال: ((لما جاء
النبي خبير قتل زيد وجعفر وابن رواحة...)) الحديث مُرسلاً. أخرجه ابن أبي شيبه ٥٤٨/٨.
ومهدي بن ميمون الأزدي البصري: قال شعبة وأحمد وابن معين والنسائي وابن جابر والعلجلي: ثقة.
وروى أبو خالد الأحمر عن حجاج بن أرطاة عن الحكم عن ميسم عن ابن عباس (أن رسول الله ﷺ بعث إلى
مؤتة فاستعمل زيداً، فإن قُتل زيد فجعفر، فإن قُتل جعفر فإن رواحة، قال: فخلف ابن رواحة يجمع مع النبي ﷺ، فراه
النبي فقال: ما خلفك؟ قال: أجمع معك، فقال: لَعْنَةُ أَوْ رُوحَةَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ خَيْرٌ مِنَ الدُّنْيَا)).
أخرجه أحمد ٢٥٦/١، وابن أبي شيبه ٥٤٥/٨. قال الهيثمي في "مجمع الزوائد" ١٥٦/٦: وفيه الحجاج بن
أرطاة، وهو مُدلس، وبقي رجاله رجال الصَّحيح.
وروى الأسود بن شيبان عن خالد بن سمير قال: قَدِمَ عَلَيْنَا عَبْدُ اللَّهِ بْنُ رِجَاحِ الْأَنْصَارِيِّ، قَالَ: وَكَانَتْ
الْأَنْصَارُ تَقْتُلُهُ، قَالَ: حَدَّثَنَا أَبُو قَتَادَةَ فَارِسُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ قَالَ: ((بَعَثَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ جَيْشَ الْأُمَرَاءِ، وَقَالَ: عَلَيْكُمْ
زَيْدٌ بِنُ حَارِثَةَ، فَإِنْ أَصِيبَ زَيْدٌ فَجَعْفَرُ بْنُ أَبِي طَالِبٍ، فَإِنْ أَصِيبَ جَعْفَرُ فَعَبْدُ اللَّهِ بْنُ رَوَاحَةَ، فَوَيْبُ جَعْفَرٍ فَقَالَ: يَا
رَسُولَ اللَّهِ مَا كُنْتُ أَرْهَبُ أَنْ تَسْتَعْمَلَ عَلَيَّ زَيْدًا، فَقَالَ: امْضِ، فَإِنَّكَ لَا تَدْرِي أَيُّ ذَلِكَ خَيْرٌ فَانْطَلِقُوا، فَلَبِثُوا مَا شَاءَ
اللَّهُ، ثُمَّ إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ صَعِدَ الْمِنْبَرِ، وَأَمَرَ فَنُودِيَ: الصَّلَاةُ جَامِعَةٌ، فَاجْتَمَعَ النَّاسُ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، فَقَالَ: ثَابِرٌ
خَيْرٌ ((ثَلَاثًا))، أَحْبَبُّكُمْ عَن جَيْشِكُمْ هَذَا الْغَازِي؟ انْطَلِقُوا فَلَقُوا الْعَدُوَّ، فَقُتِلَ زَيْدٌ شَهِيدًا فَاسْتَغْفِرُوا لَهُ، ثُمَّ أَخَذَ اللَّوَاءَ
جَعْفَرُ بْنُ أَبِي طَالِبٍ، فَثَبَّتَ عَلَى الْقَوْمِ حَتَّى قُتِلَ شَهِيدًا، اشْهَدُوا لَهُ بِالشَّهَادَةِ وَاسْتَغْفِرُوا لَهُ، ثُمَّ أَخَذَ اللَّوَاءَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ
رَوَاحَةَ، فَاتَّبَتْ قَدَمَيْهِ حَتَّى قُتِلَ شَهِيدًا، فَاسْتَغْفِرُوا لَهُ، ثُمَّ أَخَذَ اللَّوَاءَ خَالِدُ بْنُ الْوَلِيدِ وَلَمْ يَكُنْ مِنَ الْأُمَرَاءِ، هُوَ أَمَرَ
نَفْسَهُ، ثُمَّ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: اللَّهُمَّ إِنَّهُ سَيْفٌ مِنْ سُورِكَاتٍ فَانْتَصِرْهُ، فَبِمَنْزِلِ سَيْفِ اللَّهِ.
وقال رسول الله ﷺ: انْفِرُوا فَأَيُّكُمْ إِخْوَانُكُمْ وَلَا يَتَخَلَّفَنَّ مِنْكُمْ أَحَدٌ، فَفَرَّقُوا مِشَاةً وَرُكْبَانًا، وَذَلِكَ فِي خَرٍّ
شَدِيدٍ، فَبَيْنَمَا هُم لَيْلَةً مَاتِلِينَ عَنِ الطَّرِيقِ إِذْ نَصَرَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ حَتَّى مَالَ عَنِ الرَّحْلِ، فَاتَيْتَهُ قَدَعَمَتُهُ بِيَدِي، فَلَمَّا
وَجَدَ مَسَّ يَدِ رَجُلٍ اعْتَذَلَ فَقَالَ: مَنْ هَذَا؟ فَقُلْتُ: أَبُو قَتَادَةَ، قَالَ فِي الثَّانِيَةِ أَوْ الثَّالِثَةِ، قَالَ: مَا أَرَانِي إِلَّا قَدْ شَقَقْتُ
عَلَيْكَ مِنْذُ اللَّيْلِ، قَالَ: قُلْتُ: كَلَّا، بَأَيِّ أَنْتَ وَأُمِّي، وَلَكِنْ أَرَى الْكَرَى وَالْعَاسَ قَدْ شَقَّ عَلَيْكَ، فَلَوْ عَدَلْتَ فَتَزَلْتُ
حَتَّى يَنْهَبَ كَرَاكَ، قَالَ: إِنِّي أَخَافُ أَنْ يُحْدِلَ النَّاسُ، قَالَ: قُلْتُ: كَلَّا، بَأَيِّ وَأُمِّي، قَالَ: فَأَيْنَا مَكَانًا خَمِيرًا، قَالَ:
فَعَدَلْتُ عَنِ الطَّرِيقِ فَإِذَا أَنَا بِعُقْدَةٍ مِنْ شَجَرٍ، فَجِثْتُ فَقُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ هَذِهِ عُقْدَةٌ مِنْ شَجَرٍ قَدْ أَصْبَحَتْ، قَالَ: فَعَدَلْتُ
رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَعَدَلَ مَعَهُ مَنْ يَلِيهِ مِنْ أَهْلِ الطَّرِيقِ، فَزَلُّوا وَاسْتَوْرُوا بِالْعُقْدَةِ مِنَ الطَّرِيقِ، فَمَا اسْتَيْقَضْنَا إِلَّا بِالسَّمْسِ
طَالِعَةً عَلَيْنَا، فَقُمْنَا وَنَحْنُ وَهَلِينِ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: رَوَيْدًا رَوَيْدًا حَتَّى تَعَالَتِ الشَّمْسُ، ثُمَّ قَالَ: مَنْ كَانَ =

= يُصَلِّي هَاتَيْنِ الرُّكْعَتَيْنِ قَبْلَ صَلَاةِ الْغَدَاةِ فَلْيُصَلِّمَا، فَصَلَّاهُمَا مَنْ كَانَ يُصَلِّيهُمَا، ثُمَّ أَمَرَ فَنُودِيَ بِالصَّلَاةِ، ثُمَّ تَقَدَّمَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَصَلَّى بِنَا، فَلَمَّا سَلَّمَ قَالَ: إِنَّا نَحْمَدُ اللَّهَ، لَمْ نَكُنْ فِي شَيْءٍ مِنْ أَمْرِ الدُّنْيَا يَشْغَلُنَا عَنْ صَلَاتِنَا، وَلَكِنْ أُرُوْحَانَا كَانَتْ يَدُ اللَّهِ أَرْسَلَهَا أَتَى شَاءَ، أَلَا فَمَنْ أَدْرَكَتْهُ هَذِهِ الصَّلَاةُ مِنْ عَبْدٍ صَالِحٍ فَلْيَقْضِ مَعَهَا مِثْلَهَا، قَالُوا: يَا رَسُولَ اللَّهِ الْعَطَشُ، قَالَ: لَا عَطَشَ إِلَّا يَا قَتَادَةَ، أَرْنِي الْمِیْضَةَ، قَالَ: فَأَتَيْتُهُ بِهَا فَجَعَلَهَا فِي طَبِيبِهِ [تَحْتَ إِبْطِهِ] ثُمَّ التَّقَمَّ فَمَهَا، فَالْتَهُ أَعْلَمُ أَنْفَتْ فِيهَا أَمْ لَا، ثُمَّ قَالَ: يَا أَبَا قَتَادَةَ أَرْنِي الْغَمَرَ [الْقَدَحَ الصَّغِيرَ] عَلَى الرَّاحِلَةِ، فَأَتَيْتُهُ بِقَدَحٍ بَيْنَ الْقَدَحَيْنِ، فَصَبَّ فِيهِ فَقَالَ: اسْقِ الْقَوْمَ، وَنَادَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَرَفَعَ صَوْتَهُ: أَلَا مَنْ أَنَاهُ إِنْ أَوَّاهُ فَلْيَسْرِتْهُ، فَأَتَيْتُ رَجُلًا فَسَقَيْتُهُ، ثُمَّ رَجَعْتُ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ بِقَضَلَةِ الْقَدَحِ، فَذَهَبَتْ فَسَقَيْتُ الَّذِي يَلِيهِ حَتَّى سَقَيْتُ أَهْلَ تِلْكَ الْحُلُقَةِ، ثُمَّ رَجَعْتُ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ بِقَضَلَةِ الْقَدَحِ، فَذَهَبَتْ فَسَقَيْتُ حَلَقَةً أُخْرَى حَتَّى سَقَيْتُ سَبْعَةَ رُفُقٍ، وَجَعَلْتُ أَنْتَطَاوُلُ أَنْظُرُ هَلْ بَقِيَ فِيهَا شَيْءٌ، فَصَبَّ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فِي الْقَدَحِ فَقَالَ لِي: اشْرَبْ، قَالَ: بَايِي أَنْتَ وَأُمِّي، إِنِّي لَا أَجِدُ بِي كَثِيرَ عَطَشٍ، قَالَ: إِيْثَ عَنِّي، فَإِنِّي سَاقِي الْقَوْمِ مِنْذُ الْيَوْمِ، قَالَ: فَصَبَّ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فِي الْقَدَحِ فَشَرِبَ، ثُمَّ صَبَّ فِي الْقَدَحِ فَشَرِبَ، ثُمَّ صَبَّ فِي الْقَدَحِ فَشَرِبَ، ثُمَّ رَكِبَ وَرَكِبْنَا، ثُمَّ قَالَ: كَيْفَ تَرَى الْقَوْمَ صَنَعُوا حِينَ قَدَدُوا نَبِيَّهُمْ وَارْهَقْتَهُمْ صَلَاتَهُمْ؟ قُلْنَا: اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَعْلَمُ، قَالَ: أَلَيْسَ فِيهِمْ أَبُو بَكْرٍ وَعِمْرُ، إِنْ يُطْعِمُوهُمَا فَقَدْ رَشَدُوا وَرَشَدَتْ أُمَّهُمُ، وَإِنْ يَعْصِرُوهُمَا فَقَدْ عَوَّاهُ وَعَوَّتْ أُمَّهُمُ، قَالَا ثَلَاثًا، ثُمَّ سَارَ وَسِرْنَا، حَتَّى إِذَا كُنَّا فِي نَحْرِ الظُّلُمَةِ إِذَا نَاسٌ يَتَّبِعُونَ ظِلَالَ الشَّجَرَةِ، فَأَتَيْنَاهُمُ، فَإِذَا نَاسٌ مِنَ الْمَاهِجَرِينَ فِيهِمْ عَمْرُ بْنُ الْخَطَّابِ، قَالَ: فَقُلْنَا لَهُمْ: كَيْفَ صَنَعْتُمْ حِينَ فَقَدْتُمْ نَبِيَّكُمْ وَارْهَقْتُمْ صَلَاتَكُمْ؟ قَالُوا: نَحْنُ وَاللَّهِ نَخْبِرُكُمْ، وَبَ عَمْرُ فَقَالَ لِأَبِي بَكْرٍ: إِنَّ اللَّهَ قَالَ فِي كِتَابِهِ: (إِنَّكَ مَيِّتٌ وَأَنْتُمْ مَيِّتُونَ)، وَإِنِّي وَاللَّهِ مَا أَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ قَدْ تَوَفَّى نَبِيَّهُ، فَقُمْ فَصَلِّ وَانْطَلِقْ، إِنِّي نَاطِرٌ بِعَدْلِكَ وَمُقَاوِمٌ، فَإِن رَأَيْتُ شَيْئًا وَلَا لِحَقَّتْ بِكَ، قَالَ: وَأَقِيمَتِ الصَّلَاةُ وَانْقَطَعَ الْحَدِيثُ)). الْفَلَقُ لَا بَيْنَ أَبِي شَيْبَةَ مَطْوَلًا.

أخرجه أحمد/٢٩٩/٥ و٣٠٠ - ٣٠١، وابن سَعْدٍ في "الطبقات" ٤٦/٣ - ٤٧، وابن أبي شَيْبَةَ ٥٤٥/٨ - ٥٤٧، والبخاري في "التاريخ" ١٣٦/٣، وأبو داود (٤٣٨)، والنسائي في "الكبرى" (٨١٥٩) و(٨٢٤٩) و(٨٢٨٢)، والترمذي (٢٤٤٨)، والطبري في "تاريخه" ٢٨٣ - ٢٨٤، والطحاوي في "بيان المشكل" (٥١٧٠)، وابن حبان كما في "الإحسان" (٧٠٤٨)، والبيهقي في "دلائل النبوة" ٣٦٧/٤، والرافعي في "التلويح" ٣٥٠/٣ - ٣٥١.

أما رواية أبي داود فاختصرت على: بعث رسول الله جيش الأمراء، ثم قال: بهذه القصة، أي: التي رواها ابن أبي شَيْبَةَ، ثم ذكر موضع الشاهد فيمن نام عن صلاة أو نسيها... الحديث.

وظن ابن عبد البر في "المتهجد" ٢٠٦/٥ أن قصة نوم النبي ﷺ عن الصلاة كانت في جيش الأمراء، فقال: وهذا وهم عند الجميع، لأن جيش الأمراء كان في غزاة مؤتة، وكانت سرية لم يشهد بها رسول الله، كان الأمير عليها زيد بن حارثة، وقد روى هذا الحديث ثابت البناني وسليمان التيمي عن عبد الله على غير ما رواه خالد بن سمير، وما قالوه فهو عند العلماء الصواب.

وفيه نظر، فالخالد ليس من خالد بن سمير، بل ممن اختصر روايته المطولة كما هي عند ابن أبي شَيْبَةَ، فأغلب العلماء رواها مقطعة حسب وجوه الاستشهاد، وهذا جائز عند العلماء، فقله: بالقصة، مراده القصة المعروفة في غزوة تبوك من رواية أبي قَتَادَةَ التي تمتها قصة نوم النبي عن الصلاة، والله أعلم.

حَتَّىٰ لَوْ أَمَرَ السُّلْطَانُ بَعْدَ سَمَاعِ الدَّعْوَىٰ بَعْدَ خَمْسٍ^(١) عَشْرَةَ سَنَةً فَسَمِعَهَا لَمْ يَنْفُذْ. قُلْتُ: فَلَا تُسَمَّعُ الْآنَ بَعْدَهَا إِلَّا بِأَمْرِ.....

(٢٦٤٢٨) (قوله: بعد خمسة عشر سنة) المناسب: خمس عشرة بتذكير الأول وتأنيت الثاني؛ لكون المعلوم مؤنثاً وهو ((سنة))، وأجاب "ط"^(٢): ((بأنه على تأويل السنة بالعام أو الحول)).

مطلب في عدم سماع الدعوى بعد خمس عشرة سنة

(٢٦٤٢٩) (قوله: فلا تسمع الآن بعدها) أي: لنهي السطان عن سماعها بعدها، فقد قال السيد "الحموي" في "حاشية الأشباه"^(٣): ((أخبرني أستاذي شيخ الإسلام "يحيى أفندي" الشهير بـ "المنقاري"^(٤): أن السلاطين الآن يأمرون قضاتهم في جميع ١/٢٢٤/٣ بـ ولاياتهم

- وتبع ابن حجر ابن عبد البر فقال في "تهذيبه": وذكر له ابن جرير الطبري وابن عبد البر والبيهقي حديثاً خطأ في لفظة منه، وهي قوله: كنا في جيش الأمراء، يعني: مؤنة، والنبي ﷺ لم يحضرها. ولم أفهم كلام ابن حجر هذا، فإني لم أجِدِ اللفظة التي يمكن أن تُكرَّرَ على خالد بن سُمير إلا ما ذكرته من رواية أبي داود، أما الطبري وأحمد فقد روايا القسم الأول من الحديث إلى قوله: ((... فَنَفَرُوا مُشَاءً وَرُكَبَانًا))، زاد الطبري: ((وذلك في حر شديد)). وكذلك رواية النسائي وابن حبان والبيهقي، حيث روى إلى قوله: ((... فَمِنْ يَوْمِئِذٍ سَعَى خَالِدٌ سَيْفَ اللَّهِ)). ووقفت رواية الطحاوي على ((فَبَيْنَا نَحْنُ نَسِيرُ لَيْلَةً عَلَى الطَّرِيقِ إِذْ نَعَسَ النَّبِيُّ ﷺ)). ثم قال: ووقف على هذا من الحديث. واقتصر منه الذارمي على: ((ثُمَّ صَعِدَ رَسُولُ اللَّهِ الْمُنْبَرَ فَأَمَرَ فَنُودِيَ: الصَّلَاةُ جَامِعَةً)). ورواية الرافعي إلى: ((... فَإِنَّ أُصْبَبَ جَعْفَرٌ فَعَبَدَ اللَّهَ بِنِ رَاحَةٍ)).

كل هذا يدل على أن الإشكال لا يَرِدُ إِلَّا عَلَى رِوَايَةِ أَبِي دَاوُدَ؛ لِخُلُوفِ فِي الْإِخْتِصَارِ مِنْ أَبِي دَاوُدَ أَوْ شَبِيحِهِ، وَلَمْ يُخَطِّئْ فِيهَا خَالِدُ بْنُ سُمَيْرٍ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

وخالد بن سُمير، ويقال: شُمير السُّلُوسِيُّ البَصْرِيُّ؛ قال النسائي والعلجني: ثقة، وقال أحمد: لا أعلم روى عنه أحد سوى الأسود، ولكنه حسن الحديث، وقال مرة: حديثه عندي صحيح كما في "شرح العلل" لابن رجب ٨٤/١.

(١) في "د" و"ب" و"م": ((خمس عشرة))، وما أثبتناه من "ط" هو الصواب وسببه عليه ابن عابدين رحمه الله.

(٢) "ط": كتاب القضاء - فصل في الحبس ٢٠٢/٣.

(٣) "غز عيون البصائر": الفن الثاني: الفوائد - كتاب القضاء والشهادات والدعاوى ٣٣٧/٢ - ٣٣٨.

(٤) هو المعروف بمنقاري زاده (ت ١٠٨٨هـ)؛ وتقدمت ترجمته ٣٧٨/٣.

أَنْ لَا يَسْمَعُوا دَعْوَى بَعْدَ مُضِيِّ خَمْسٍ عَشْرَةَ سَنَةً سِوَى الْوَقْفِ وَالْإِرْثِ)) اهـ. وَنَقَلَ فِي "الْحَامِدِيَّة" (١) فَتَاوَى مِنَ الْمَذَاهِبِ الْأَرْبَعَةِ بَعْدَ سَمَاعِهَا بَعْدَ النَّهْيِ الْمَذْكُورِ.

مطلب: هل يبقى النهي بعد موت السلطان؟

لَكِنْ هَلْ يَبْقَى النَّهْيُ بَعْدَ مَوْتِ السُّلْطَانِ الَّذِي نَهَى بِحَيْثُ لَا يُحْتَاجُ مِنْ بَعْدِهِ إِلَى نَهْيٍ جَدِيدٍ؟ أَفْتَى فِي "الْخَيْرِيَّة" (٢): ((بَأَنَّهُ لَا بَدَّ مِنْ تَجْدِيدِ النَّهْيِ، وَلَا يَسْتَمِرُّ النَّهْيُ بَعْدَهُ، وَبَأَنَّهُ إِذَا اخْتَلَفَ الْخُلَصَمَانِ فِي أَنَّهُ مَنْهِيٌّ أَوْ غَيْرُ مَنْهِيٍّ فَالْقَوْلُ لِلْقَاضِي مَا لَمْ يُثَبِّتِ الْمَحْكُومُ عَلَيْهِ النَّهْيَ))، وَأُطَالَ فِي ذَلِكَ وَأَطَابَ، فَرَاغَهُ. وَأَمَّا مَا ذَكَرَهُ السَّيِّدُ "الْحَمَوِيُّ" (٣) أَيْضًا: ((مِنْ أَنَّهُ قَدْ عَلِمَ مِنْ عَادَتِهِمْ - يَعْنِي: سُلَاطِينِ آلِ عَثْمَانَ نَصَرَهُمُ الرَّحْمَنُ - مِنْ أَنَّهُ إِذَا تَوَلَّى سُلْطَانٌ عَرَضَ عَلَيْهِ قَانُونٌ مِنْ قَبْلَهُ وَأَخَذَ أَمْرَهُ بَاتِبَاعِهِ))، فَلَا يُفِيدُ هُنَا؛ لِأَنَّهُ مَعْنَاهُ أَنَّ يُلْتَزَمُ قَانُونُ أَسْلَافِهِ: بَأَنَّهُ يَأْمُرُ بِمَا أَمَرُوا بِهِ، وَيَنْهَى عَمَّا نَهَوْا عَنْهُ، وَلَا يُلْتَزَمُ مِنْهُ أَنَّهُ إِذَا وَلَّى قَاضِيًا وَلَمْ يَنْهَهُ عَنْ سَمَاعِ هَذِهِ الدَّعْوَى أَنْ يَصِيرَ قَاضِيَهُ مِنْهَابًا بِمَحْزَرٍ ذَلِكَ، وَإِنَّمَا يُلْتَزَمُ مِنْهُ أَنَّهُ إِذَا وَلَّاهُ يَنْهَاهُ صَرِيحًا؛ لِيَكُونَ عَامِلًا بِمَا تَزَمَّ مِنَ الْقَانُونِ، كَمَا

(قَوْلُهُ: بَأَنَّهُ لَا بَدَّ مِنْ تَجْدِيدِ النَّهْيِ، وَلَا يَسْتَمِرُّ إلخ) هَذَا إِنَّمَا يَظْهَرُ بِالنَّبَسَةِ لِمَنْ تَوَلَّى بَعْدَ مَوْتِ السُّلْطَانِ، لَا لِمَنْ تَوَلَّى مِنَ الْمَيِّتِ، فَإِنَّهُ مَعْرُوفٌ لِمَا نَهَاهُ عَنْهُ فِي حَيَاتِهِ، وَيَبْقَى عَلَى حَالِهِ الْأَوَّلِ بَعْدَ مَوْتِهِ. (قَوْلُهُ: مِنْ أَنَّهُ إِذَا تَوَلَّى سُلْطَانٌ عَرَضَ عَلَيْهِ قَانُونٌ مِنْ قَبْلَهُ وَأَخَذَ أَمْرَهُ بَاتِبَاعِهِ إلخ) الْمُبَادَرُ مِنْ قَوْلِهِ: ((وَأَخَذَ إلخ)) أَنَّ مَنْ يَعْزُضُ عَلَيْهِ الْقَانُونُ يَأْخُذُ مِنْهُ أَمْرًا بِاتِبَاعِ قَانُونِ مَنْ قَبْلَهُ: بَأَنَّهُ يَكْتُبُ أَمْرَهُ بَاتِبَاعِهِ، فَيَكُونُ أَمْرًا لِلْقَضَاةِ بِالْعَمَلِ بِالْقَانُونِ الَّذِي فِيهِ النَّهْيُ، وَلَيْسَ فِي هَذَا مَا يَدُلُّ عَلَى مَحْزَرِ التَّزَامِ السُّلْطَانِ بِأَنَّهُ يَعْمَلُ بِهِ، فَيَتِمُّ مَا قَالَهُ "الْحَمَوِيُّ"، لَكِنْ هَذَا لَا يَظْهَرُ إِلَّا فِي قَاضٍ مُوَلَّى، وَأَمَّا إِذَا عَزَلَ وَتَوَلَّى غَيْرُهُ لَا بَدَّ مِنَ النَّهْيِ ثَانِيًا، وَلَا يَكْفِي النَّهْيُ السَّابِقُ، تَأَمَّلْ.

(١) انظر "العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية": كتاب الدعوى ٥/٢ وما بعدها.

(٢) "الفتاوى الخيرية": كتاب أدب القاضي ٦/٢ بتصرف.

(٣) "غمر عيون البصائر": الفن الثاني: الفرائد - كتاب القضاء والشهادات والدعاوى ٣٣٧/٢ بتوضيح من العلامة

إِلَّا فِي الْوَقْفِ، وَالْإِرْثِ، وَوُجُودِ غُذْرٍ شَرْعِيٍّ، وَبِهِ أَفْتَى الْمَفْتِي "أَبُو السُّعُود"، فَلْيُحْفَظْ.

اشْتَهَرَ أَنَّهُ حِينَ يُؤَلِّقُ الْآنَ يَأْمُرُهُ فِي مَنْشُورِهِ بِالْحُكْمِ بِأَصْحَاقِ قَوْلِ الْمَذْهَبِ كَعَادَةِ مَنْ قَبْلَهُ، وَتَمَامَ الْكَلَامِ عَلَى ذَلِكَ فِي كِتَابِنَا "تَنْقِيحُ الْحَامِدِيَّةِ" ^(١)، فَارْجِعْهُ، وَأَطْلُنَا الْكَلَامَ عَلَيْهِ أَيْضاً فِي كِتَابِنَا "تَنْبِيهِ الْوَلَاةِ وَالْحُكَّامِ" ^(٢).

١٢٦٤٣٠ (قَوْلُهُ: إِلَّا فِي الْوَقْفِ، وَالْإِرْثِ، وَوُجُودِ غُذْرٍ شَرْعِيٍّ) اسْتِثْنَاءُ الْإِرْثِ مُوْافِقٌ لِمَا مَرَّ ^(٣) عَنْ "الْحَمَوِيِّ"، وَلَمَّا فِي الْحَامِدِيَّةِ ^(٤) عَنْ فِتَاوَى "أَحْمَدَ أَفَنْدِي الْمَهْمَنْدَارِيِّ" ^(٥) مَفْتِي دِمَشْقَ: ((أَنَّهُ كَتَبَ عَلَى ثَلَاثَةِ ^(٦) أَسْطَلَةٍ أَنَّهُ تَسْمَعُ دَعْوَى الْإِرْثِ وَلَا يَمْنَعُهَا طَوْلُ الْمُدَّةِ))، وَيُخَالِفُهُ مَا فِي "الْخَيْرِيَّةِ" ^(٧)، حَيْثُ ذَكَرَ: ((أَنَّ الْمُسْتَشْنَى ثَلَاثَةٌ: مَالُ الْبَيْتِ، وَالْوَقْفُ، وَالْغَائِبُ))، وَمَقْتَضَاهُ: أَنَّ الْإِرْثَ غَيْرُ مُسْتَشْنَى فَلَا تُسْمَعُ دَعْوَاهُ بَعْدَ هَذِهِ الْمُدَّةِ، وَقَدْ نَقَلَ فِي "الْحَامِدِيَّةِ" ^(٨) عَنْ "الْمَهْمَنْدَارِيِّ" أَيْضاً: ((أَنَّهُ كَتَبَ عَلَى سُؤَالِ آخَرَ فَيَمْنُ تَرَكْتَ دَعْوَاهَا الْإِرْثَ بَعْدَ بُلُوغِهَا خَمْسَ عَشْرَةِ سَنَةٍ بَلَا غُذْرٍ أَنَّ الدَّعْوَى لَا تُسْمَعُ إِلَّا بِأَمْرِ سُلْطَانِي)). وَنَقَلَ أَيْضاً ^(٩) مِثْلَهُ فِتَاوَى تُرْكِيَّةً عَنِ الْمَوْلَى "أَبِي السُّعُود"، وَتَعْرِيفُهَا: ((إِذَا تَرَكْتَ دَعْوَى الْإِرْثِ بَلَا غُذْرٍ شَرْعِيٍّ خَمْسَ عَشْرَةِ سَنَةٍ، فَهَلْ لَا تُسْمَعُ؟ الْجَوَابُ: لَا تُسْمَعُ إِلَّا إِذَا اعْتَرَفَ الْخَصْمُ بِالْحَقِّ)). وَنَقَلَ مِثْلَهُ شَيْخُ شَيْخُ مَشَائِخِنَا "التَّرْكَمَنِيِّ" ^(١٠) عَنْ "فِتَاوَى عَمِي أَفَنْدِي" ^(١١) مَفْتِي الرُّومِ. وَنَقَلَ مِثْلَهُ أَيْضاً شَيْخُ

(١) انظر "العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية": كتاب الدعوى ٢/٥ وما بعدها.

(٢) انظر "مجموع رسائل ابن عابدين": ٣٤٩/١.

(٣) في المقالة السابقة.

(٤) انظر "العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية": كتاب الدعوى ٢/٢.

(٥) تقدمت ترجمته ٤٤٦/١٥.

(٦) في "الأصل" و"ب": ((ثلاث)).

(٧) "الفتاوى الخيرية": كتاب الدعوى ٧٠/٢.

(٨) انظر "العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية": كتاب الدعوى ٢/٢.

(٩) انظر "العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية": كتاب الدعوى ٢/٢.

(١٠) تقدمت ترجمته ص ١٩٣.

(١١) "فتاوى علي أفندي": كتاب الدعوى - فيما يتعلق بمرور الزمان ص ٤٧٠.

مشايخنا "السَّاحَنِي" عن "فتاوى عبد الله أفندي"^(١) مفتي الروم، وهذا الذي رأينا عليه عمل مَنْ قبلنا، فالظاهر أَنَّهُ وَرَدَ نَهْيٌ جَدِيدٌ بَعْدَ سَمَاعِ دَعْوَى الْإِرْثِ، وَاللَّهُ سُبْحَانَهُ أَعْلَمُ.

(تنبيهات)

الأول: قَدْ اسْتَفِيدَ مِنْ كَلَامِ "الشَّارِحِ" أَنَّ عَدَمَ سَمَاعِ الدَّعْوَى بَعْدَ هَذِهِ الْمُدَّةِ إِنَّمَا هُوَ لِلنَّهْيِ عَنْهُ مِنَ السُّلْطَانِ، فَيَكُونُ الْقَاضِي مَعزُولاً عَنْ سَمَاعِهَا؛ لِمَا عُنِمَتْ مِنْ أَنَّ الْقَضَاءَ يَتَخَصَّصُ، فَلِذَا قَالَ: ((إِلَّا بِأَمْرِ))، أَيْ: فَإِذَا أُمِرَ بِسَمَاعِهَا بَعْدَ هَذِهِ الْمُدَّةِ تُسْمَعُ، وَسَبَبُ النَّهْيِ قَطْعُ الْحَيْلِ وَالتَّرْوِيرِ، فَلَا يُنَافِي مَا فِي "الأَشْبَاهِ"^(٢) وَغَيْرِهَا: ((مَنْ أَنَّ الْحَقَّ لَا يَسْقُطُ بِتَقَاذُمِ الزَّمَانِ)) اهـ. وَلِذَا قُلَ فِي "الأَشْبَاهِ"^(٣) أَيْضاً: ((وَيَجِبُ عَلَيْهِ سَمَاعُهَا)) اهـ. أَيْ: يَجِبُ عَلَى السُّلْطَانِ الَّذِي نَهَى قَضَاتِهِ عَنْ سَمَاعِ الدَّعْوَى بَعْدَ هَذِهِ الْمُدَّةِ أَنْ يَسْمَعَهَا بِنَفْسِهِ أَوْ بِأَمْرِ بِسَمَاعِهَا؛ كَمَا يَضِيعُ حَقُّ الْمُدَّعِي. وَالظَّاهِرُ: أَنَّ هَذَا حَيْثُ لَمْ يَظْهَرْ مِنَ الْمُدَّعِي أَمَارَةُ التَّرْوِيرِ، وَفِي بَعْضِ نَسْخِ "الأَشْبَاهِ"^(٤) ((وَيَجِبُ عَلَيْهِ عَدَمُ سَمَاعِهَا))، وَعَلَيْهِ: فَالضَّمِيرُ يَعُودُ لِلْقَاضِي الْمُنْهَى عَنْ سَمَاعِهَا، لَكِنَّ الْأَوَّلَ هُوَ الْمَذْكُورُ فِي "معين المفتي"^(٥).

الثاني: أَنَّ النَّهْيَ حَيْثُ كَانَ لِلْقَاضِي لَا يُنَافِي سَمَاعُهَا مِنَ الْمُحْكَمِ، بَلْ قَالَ "المُصَنِّفُ" فِي "معين المفتي"^(٦): ((إِنَّ الْقَاضِي لَا يَسْمَعُهَا مِنْ حَيْثُ كَوْنُهُ قَاضِياً، فَلَوْ حَكَّمَهُ الْخَصْمَانِ فِي تِلْكَ الْقَضِيَّةِ الَّتِي مَضَى عَلَيْهَا [٢٠٣/٢٠٤] الْمُدَّةَ الْمَذْكُورَةَ فَلَهُ أَنْ يَسْمَعَهَا)).

الثالث: عَدَمُ سَمَاعِ الْقَاضِي لَهَا إِنَّمَا هُوَ عِنْدَ انْكَارِ الْخَصْمِ، فَلَوْ اعْتَرَفَ تَسْمَعُ كَمَا عُنِمَ مِمَّا قَدْ مَنَاهُ^(٧) مِنْ فَتَوَى الْمَوْلَى "أَبِي السُّعُودِ أَفَنْدِي"؛ إِذْ لَا تَرْوِيرَ مَعَ الْإِقْرَارِ.

(١) المسماة "بهجة الفتاوى" وتقدمت ترجمتها ١٣/٥٩٤.

(٢) "الأشباه والنظائر": الفن الثاني: الفوائد - كتاب القضاء والشهادات والدعاوى ص ٢٦٣.

(٣) "الأشباه والنظائر": الفن الثاني: الفوائد - كتاب القضاء والشهادات والدعاوى ص ٢٧٢، وما في مطبوعة "الأشباه" التي بين أيدينا موافق لبعض النسخ التي سيشير إليها ابن عابدين رحمه الله.

(٤) "معين المفتي على جواب المستفتي": للمصنف الثمרתاشي، وتقدمت ترجمته ٧/٤٧٦.

(٥) في هذه المقولة.

الرابع: عَدِمَ سَمَاعِهَا حَيْثُ تَرَكُهَا هَذِهِ الْمَدَّةَ، فَلَوْ ادَّعَى فِي أَثْنَائِهَا لَا يُنْعَمُ، بَلْ تُسَمَّعُ دَعْوَاهُ ثَانِيًا مَا لَمْ يَكُنْ بَيْنَ الدَّعْوَى الْأُولَى وَالثَّانِيَةِ هَذِهِ الْمَدَّةَ، وَرَأَيْتُ بِحَظِّ شَيْخٍ مَشَافِخَنَا "التَّرْكَمَانِيَّ" فِي "مَجْمُوعَتِهِ"^(١): ((أَنَّ شَرْطَهَا - أَيْ: شَرْطَ الدَّعْوَى - بِمَجْلِسِ الْقَاضِي^(٢))، فَلَا تَصِحُّ الدَّعْوَى فِي مَجْلِسٍ غَيْرِهِ كَالشَّهَادَةِ، "تَنْوِير"^(٣)، وَ"بَحْر"^(٤)، وَ"دُرَر"^(٥))، قَالَ: ((وَاسْتَفِيدَ مِنْهُ جَوَابٌ حَادِثَةُ الْفَتْوَى، وَهِيَ أَنَّ زَيْدًا تَرَكَ دَعْوَاهُ عَلَى عَمْرٍو مَدَّةَ خَمْسٍ عَشْرَةَ سَنَةً وَلَمْ يَدَّعِ عِنْدَ الْقَاضِي، بَلْ طَالَبَهُ بِحَقِّهِ مِرَارًا فِي غَيْرِ مَجْلِسِ الْقَاضِي، فَمَقْتَضَى مَا مَرَّ لَا تُسَمَّعُ؛ لَعَدَمِ شَرْطِ الدَّعْوَى، فَلْيَكُنْ عَلَى ذِكْرِ مِنْكَ، فَإِنَّهُ تَكَرَّرَ السُّؤَالُ عَنْهَا، وَصَرِيحُ فَتْوَى شَيْخِ الْإِسْلَامِ "عَلِيِّ أَفَنْدِي"^(٦): أَنَّهُ إِذَا ادَّعَى عِنْدَ الْقَاضِي مِرَارًا وَلَمْ يَفْصِلِ الْقَاضِي الدَّعْوَى وَمَضَتْ الْمَدَّةُ الْمَرْبُورَةُ تُسَمَّعُ؛ لِأَنَّهُ صَدَقَ عَلَيْهِ أَنَّهُ لَمْ يَتْرُكْهَا عِنْدَ الْقَاضِي)) أَهـ مَا فِي "الْمَجْمُوعَةِ"، وَبِهِ أَفْتَى فِي "الْحَامِدِيَّة"^(٧).

ثُمَّ لَا يَخْفَى أَنَّ تَرَكَ الدَّعْوَى إِنَّمَا يَتَحَقَّقُ بَعْدَ ثُبُوتِ حَقِّ طَلِبِهَا، فَلَوْ مَاتَ زَوْجُ الْمَرَأَةِ، أَوْ طَلَّقَهَا بَعْدَ عَشْرِينَ سَنَةً مَثَلًا مِنْ وَقْتِ النِّكَاحِ فَلَهَا طَلَبُ مُؤَخَّرِ الْمَهْرِ؛ لِأَنَّ حَقَّ طَلِبِهَا إِنَّمَا ثَبَّتَ لَهَا بَعْدَ الْمَوْتِ أَوْ الطَّلَاقِ لَا مِنْ وَقْتِ النِّكَاحِ. وَمِثْلُهُ مَا يَأْتِي فِيهَا لَوْ أَخَّرَ الدَّعْوَى هَذِهِ الْمَدَّةَ لِإِعْسَارِ الْمَدْيُونِ، ثُمَّ ثَبَّتَ يَسَارُهَا بَعْدَهَا، وَبِهِ يُعْلَمُ جَوَابُ حَادِثَةِ الْفَتْوَى - سَلَّطَ عَنْهَا حِينَ كِتَابَتِي لِهَذَا الْمَحَلِّ -: فِي رَجُلٍ لَهُ كَذَلِكَ دُكَّانٌ وَقَفِيَ مُشْتَمِلٌ عَلَى مَنْحُورٍ وَغَيْرِهِ وَضَعَهُ مِنْ مَالِهِ فِي الدُّكَّانِ بِإِذْنِ نَاضِرٍ الْوَاقِفِ مِنْ نَحْوِ أَرْبَعِينَ سَنَةً، وَتَصَرَّفَ فِيهِ هُوَ وَوَرَثَتُهُ مِنْ بَعْدِهِ فِي هَذِهِ الْمَدَّةِ، ثُمَّ أَنْكَرَهُ النَّاضِرُ الْآلَ وَأَنْكَرَ^(٨) وَضَعَهُ بِالْإِذْنِ، وَأَرَادَ الْوَرَثَةُ إِثْبَاتَهُ وَإِثْبَاتَ الْإِذْنِ بِوَضْعِهِ،

(١) مجموعة الشيخ علي بن محمد التُّرْكَمَانِيَّ (ت ١١٨٣هـ) وتقدمت ترجمته ص ١٩٣.

(٢) في "م": ((القاضي)) بالصاد المهملة، وهو خطأ.

(٣) انظر "الدر" عند المقولة [٢٧٦١٣] قوله: ((وشرطها)).

(٤) "البحر": كتاب الدعوى ١٩٢/٧.

(٥) "الدر والغرر": كتاب الدعوى ٣٣٠/٢.

(٦) فتاوى علي أفندي: "كتاب الدعوى - فصل فيما يتعلق بمرور الزمان ص ٤٧٣-، لكن نقول: وردت المسألة فيه باللغة الفارسية، ذكرها صاحب "الفتاوى الحامدية": ٨/٢ مترجمة إلى اللغة العربية، فليعلم.

(٧) انظر "العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية": كتاب الدعوى ٧/٢ - ٨.

(٨) في "الأصل": ((وأنكره)).

والذي ظهر لي في الجواب سماعُ البيّنة في ذلك؛ لأنه حيث كان في يدهم ويدُ مورّثهم هذه المدّة بدونِ مُعارضٍ لم يكن ذلك تركاً للدّعوى. ونظيرُ ذلك ما لو ادّعى زيدٌ عسى عمرو بدارٍ في يده، فقال له عمرو: كنتُ اشتريتها منك من عشرين سنةً وهي في ملكي إلى الآن، وكذبهُ زيدٌ في الشراءِ فتسمعُ بينهُ عمرو على الشراءِ المذكورِ بعدَ هذه المدّة؛ لأنّ الدّعوى توجّهت عليه الآن، وقبلها كان واضحَ اليد بلا مُعارضٍ، فلم يكن مُطالباً بإثبات ملكيّتها، فلم يكن تاركاً للدّعوى. ومثله فيما يظهر أنّ مُستأجرَ دارٍ الوقفِ يعمُرُها بإذنِ الناظرِ ويُنفقُ عليها مَبْعَاً مِنَ الدّراهم يصيرُ ديناً له على الوقفِ، ويُسمّى في زماننا: مُرصدًا، ولا يُطالبُ به ما دام في الدّار، فإذا خرجَ منها فله الدّعوى على الناظرِ بمُرصديه المذكورِ وإن طالت مدّته، حيث جرت العادةُ بأنّه لا يُطالبُ به قبلَ خروجه ولا سيّما إذا كان في كلّ سنةٍ يقطعُ بعضُهُ من أجرة الدّار، فليُتأمل.

٣٤٣/٤

الخامس: استثناء "العذر الشرعيّ" أعمّ ممّا في "الخيرية"^(١) من الاختصار على استثناء الوقف^(٢)، ومالِ اليتيم، والغائب؛ لأنّ العذرَ يشملُ ما لو كان المدّعي عليه حاكمًا ظالمًا كما يأتي^(٣)، وما لو كان ثابتَ الإعسارِ في هذه المدّة ثمّ أيسرَ بعدها فتسمعُ كما ذكره في "الحامدية"^(٤).

السادس: استثناء مالِ اليتيم مُعيّدٌ بما إذا لم يتركها بعدَ بلوغه هذه المدّة، وبما إذا لم يكن له وليٌّ كما يأتي^(٥)، وفي "الحامدية"^(٦): ((لو كان أحدُ الورثةِ قاصراً والباقي بالغين تُسمعُ الدّعوى بالنظرِ إلى القاصرِ بقدرِ ما يخصّه دونَ البالغين)).

(١) "الفتاوى الخيرية": كتاب الدعوى ٧٠/٢.

(٢) في "٣": ((مال الوقف)).

(٣) في هذه المقالة.

(٤) لم نعر على المسألة في مظانها من مطبوعة "العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية" التي بين أيدينا.

(٥) في هذه المقالة.

(٦) انظر "العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية": كتاب الدعوى ٨/٢ بتصرف.

السَّابِقُ: استثنوا الغائبَ والوقفَ ولم يُبينوا له مدَّةً، فَتُسَمَّعُ مِنَ الغَائِبِ ولو بعدَ خمسَينَ سنةً، وَيُؤَيِّدُهُ قَوْلُهُ فِي [٣/٢٢٥ب] "الخيرية"^(١): ((من المقرَّر أنَّ التَّركَ لا يَتَأْتِي مِنَ الغَائِبِ له أو عليه؛ لَعَدَمِ تَأْتِي الجوابِ مِنْهُ بِالْغَيْبَةِ، وَالْعِلَّةُ خَشْيَةُ التَّزْوِيرِ، وَلَا يَتَأْتِي بِالْغَيْبَةِ الدَّعْوَى عَلَيْهِ، فَلَا فَرْقَ فِيهِ بَيْنَ غَيْبَةِ الْمُدَّعَى وَالْمُدَّعَى عَلَيْهِ)) اهـ.

مطلب: إذا ترك الدعوى ثلاثاً وثلاثين سنة لا تسمع

وكذا الظاهرُ في باقي الأعدار أنه لا مدَّةَ لها؛ لأنَّ بقاءَ العُدْرِ وإن طالت مدَّتُهُ يُؤكِّدُ عَدَمَ التَّزْوِيرِ، بخلافِ الوقفِ، فإنه لو طالت مدَّةُ دعواه بلا عُدْرِ ثلاثاً وثلاثين سنة لا تُسَمَّعُ كما أفنى به في "الحامدية"^(٢) أَخْذًا مِمَّا ذَكَرَهُ فِي "البحر"^(٣) في كتابِ الدَّعْوَى عَنِ "ابنِ العَرَس"^(٤) عَنِ "المبسوط"^(٥): ((إذا تركَ الدَّعْوَى ثلاثاً وثلاثين سنةً ولم يكن مانعاً مِنَ الدَّعْوَى، ثُمَّ ادَّعَى لَا تُسَمَّعُ دعواه؛ لأنَّ تركَ الدَّعْوَى مع التَّمَكُّنِ يَدُلُّ عَى عَدَمِ الْحَقِّ ظاهراً)) اهـ. وفي "جامع الفتاوى"^(٦) عَنِ "فتاوى العتَّابي": ((قال المتأخرون من أهل الفتوى: لَا تُسَمَّعُ الدَّعْوَى بعدَ ستِّ وثلاثين سنةً، إِلَّا أن يكونَ المُدَّعَى غائِباً، أو صبيّاً، أو مجنوناً وليس لهما وليٌّ، أو المُدَّعَى عليه أميراً جائراً)) اهـ. ونَقَلَ "ط"^(٧) عَنِ "الخلاصة"^(٨): ((لَا تُسَمَّعُ بعدَ ثلاثين سنةً)) اهـ.

ثمَّ لا يَنْفَى أَنَّ هَذَا ليس مَبْنِياً عَلَى المنعِ السُّلْطَانِيِّ، بل هو مَنْعٌ مِنَ الفقهاءِ، فلا تُسَمَّعُ الدَّعْوَى بعده وإنَّ أَمَرَ السُّلْطَانُ بِسْمَاعِهَا.

(١) "الفتاوى الخيرية": كتاب الدعوى ٧٠/٢.

(٢) انظر "العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية": كتاب الدعوى ٣/٢.

(٣) "البحر": باب التحالف ٢٢٨/٧.

(٤) أي: في "الفوائد الفقهية في الأطراف الحكيمة" كما في "البحر".

(٥) لم نعر على المسألة في مظانها من في مطبوعة "المبسوط" التي بين أيدينا.

(٦) في "م": ((الفتوى))، والمسألة في "جامع الفتاوى": كتاب أدب القاضي ١٣٢/١.

(٧) "ط": كتاب القضاء - فصل في الحبس ٢٠٢/٣ باختصار.

(٨) لم نعر على النقل في مخطوطة "خلاصة فتاوى" التي بين أيدينا.

أَمْرُ السُّلْطَانِ إِنَّمَا يَنْفُذُ إِذَا وَافَقَ الشَّرْعَ وَإِلَّا فَلَا،.....

مطلب: باع عقاراً وأحد أقاربه حاضر لا تسمع دعواه

القائم: سماع الدعوى قبل مضي المدّة المحدودة مُقَيَّدٌ بما إذا لم يَمْنَعْ منه مانع آخر يَدُلُّ على عَدَمِ الْحَقِّ ظاهراً؛ لِمَا سَيَأْتِي^(١) في مسائل شتّى آخر الكتاب: ((من أَنَّهُ لو باعَ عَقَاراً أو غيرَهُ وأمرته أو أحد أقاربه حاضر يعلم به، ثُمَّ ادَّعى ابنُهُ مثلاً أَنَّهُ مِلْكُهُ لَا تُسْمَعُ دَعْوَاهُ، وَجُعِلَ سَكُوتُهُ كَالْإِفْصَاحِ قَطْعاً لِلتَّزْوِيرِ وَالْحِيلِ، بِخِلَافِ الْأَجْنَبِيِّ، فَإِنَّ سَكُوتَهُ وَلَوْ جَاراً لَا يَكُونُ رِضاً إِلَّا إِذَا سَكَتَ الْجَارُ وَقْتَ الْبَيْعِ وَالتَّسْلِيمِ وَتَصَرَّفَ الْمُشْتَرِي فِيهِ زَرْعاً وَبِنَاءً فَلَا تُسْمَعُ دَعْوَاهُ عَلَى مَا عَلَيْهِ الْفَتْوَى قَطْعاً لِلْأَطْمَاعِ الْفَاسِدَةِ)) اهـ. وأُطَالَ في تَحْقِيقِهِ في "الخيرية"^(٢) مِنْ كِتَابِ الدَّعْوَى، فَقَدْ جَعَلُوا بَجَرْدِ سَكُوتِ الْقَرِيبِ أَوْ الزَّوْجَةِ عِنْدَ الْبَيْعِ مَانِعاً مِنْ دَعْوَاهُ بِلَا تَقْيِيدٍ بِأَطْلَاعِهِ عَلَى تَصَرُّفِ الْمُشْتَرِي كَمَا أَطْلَقَهُ فِي "الكنز"^(٣) و"الملئقى"^(٤)، وَأَمَّا دَعْوَى الْأَجْنَبِيِّ وَلَوْ جَاراً فَلَا بَدَّ فِي مَنَهِجِهَا مِنَ السُّكُوتِ بَعْدَ الْأَطْلَاعِ عَلَى تَصَرُّفِ الْمُشْتَرِي، وَلَمْ يَقْبَلُوهُ بِمَدَّةٍ، وَقَدْ أَحَابَ "المصنف" في "فتاواه"^(٥) فَيَمَنُّ لَهُ بَيْتٌ يَسْكُنُهُ مَدَّةً تَرِيدُ عَلَى ثَلَاثِ سِنِينَ وَتَتَصَرَّفُ فِيهِ هَذِمًا وَعِمَارَةً مَعَ أَطْلَاعِ جَارِهِ عَلَى ذَلِكَ: ((بَأَنَّهُ لَا تُسْمَعُ دَعْوَى الْجَارِ عَلَيْهِ الْبَيْتُ أَوْ بَعْضُهُ عَلَى مَا عَلَيْهِ الْفَتْوَى))، وَسَيَأْتِي^(٦) تَمَامُ الْكَلَامِ عَلَى ذَلِكَ آخِرَ الْكِتَابِ فِي مَسَائِلَ شَتَّى قَبِيلِ الْفَرَائِضِ إِنَّ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى، فَانْظُرْهُ هُنَاكَ فَإِنَّهُ مَهْمٌ.

مطلب: طاعة الإمام واجبة

[٢٦٤٣١] (قوله: أَمْرُ السُّلْطَانِ إِنَّمَا يَنْفُذُ) أَي: يُتَّبَعُ وَلَا تَحْزُرُ مُخَالَفَتُهُ، وَسَيَأْتِي^(٧) قَبِيلَ

(١) انظر "الدر" عند المقولة [٣٦٩٨١] قوله: ((باع عقاراً إلخ)).

(٢) "الفتاوى الخيرية": ٤٨/٢.

(٣) انظر "شرح العيني على الكنز": مسائل شتّى ٣٦٠/٢.

(٤) "ملئقى الأبحر": مسائل شتّى ٣٣٩/٢.

(٥) لم نعر على المسألة في مظانها من مخطوطة "فتاوى المصنف" التي بين أيدينا.

(٦) انظر "الدر" عند المقولة [٣٦٩٨٩] قوله: ((بخلاف الأجنب)).

(٧) انظر "الدر" عند المقولة [٢٦٧٥٠] قوله: ((عَدَل)).

"أشباه"^(١) من القاعدة الخامسة وفوائد شتى، فلو أَمَرَ قُضَاةُ بتحليف الشُّهودِ وَجَبَ على العلماءِ أَنْ ينصَحُوهُ ويقولوا له: لا تُكَلِّفْ قُضَاةَكَ إلى أمرٍ يلزِمُ منه سُخْطُكَ أو سُخْطُ الخالقِ تعالى.

الشَّهادَاتِ عِنْدَ قَوْلِهِ: ((أَمَرَكَ قَاضٍ بِقَطْعِ أَوْ رَجْمِ إِيَّاهُ)) التَّعْلِيلُ بِوَجوبِ طَاعَةِ وَلِيِّ الأَمْرِ. وفي "ط"^(٢) عن "الحموي"^(٣): ((أَنَّ صَاحِبَ "البحر"^(٤) ذَكَرَ نَاقِلًا عَنْ أَمْتِنَا: أَنَّ طَاعَةَ الإِمَامِ فِي غَيْرِ مَعْصِيَةٍ وَاجِبَةٍ^(٥))). فلو أَمَرَ بِصَوْمٍ يَوْمٍ وَجَبَ إِيَّاهُ. وَقَدَّمْنَا^(٦) أَنَّ السُّلْطَانَ لَوْ حَكَمَ بَيْنَ الْخَصْمَيْنِ يَنْفُذُ فِي الْأَصَحِّ، وَبِهِ يُفْتَى.

[٢٩٤٣٢] (قَوْلُهُ: يَلْزِمُ مِنْهُ سُخْطُكَ) أَي: إِنْ عَصَوْكَ، وَسُخْطُ الْخَالِقِ، أَي: إِنْ أَطَاعُوكَ. اهـ "ح"^(٧) عن "الأشباه"^(٨). وفي ((سُخْطُ)) ضَمُّ الْمَهْمَلَةِ مَعَ سَكُونِ الْخَاءِ الْمَعْجَمَةِ وَفَتْحُهَا، وَنُقِلَ عَنْ "الصَّيرَفِيَّةِ": ((جَوَازُ التَّحْلِيفِ))، وَهُوَ مُقَيَّدٌ بِمَا إِذَا رَأَاهُ الْقَاضِي جَائِزًا، أَي: بِأَنْ كَانَ

(قَوْلُهُ: وَنُقِلَ عَنْ "الصَّيرَفِيَّةِ" جَوَازُ التَّحْلِيفِ إِيَّاهُ) مُقْتَضَى مَا فِي "الصَّيرَفِيَّةِ" جَوَازُ أَمْرِهِ بِالتَّحْلِيفِ لِكُونِهِ

(١) "الأشباه والنظائر": الفن الأول: القواعد الكلية - النوع الثاني - القاعدة الخامسة: تصرف الإمام على الرعية منوطاً بالمصلحة ص ١٣٨ - بتصرف، والفن الثالث - فوائد شتى ص ٤٦٢ - نقلاً عن "فتاوى قاضيهان".

(٢) "ط": كتاب القضاء - فصل في الحبس ٢٠٣/٣.

(٣) "عزم عيون البصائر": الفن الأول: القواعد الكلية - النوع الثاني - القاعدة الخامسة: تصرف الإمام على الرعية منوطاً بالمصلحة ص ٣٧٣/١.

(٤) "البحر": كتاب السير - باب البغاة ١٥٢/٥، والمراد به: ((أَمْتِنَا)) هنا صاحب "البدائع".

(٥) هنا انتهت عبارة "البحر" كما في مطبوعته.

(٦) المقولة [٢٦٠٣٣] قَوْلُهُ: ((وَلَنْ تَعِينَ لَهُ)).

(٧) "ح": كتاب القضاء - فصل في الحبس ق ٣١٠/١.

(٨) "الأشباه والنظائر": الفن الثاني: الفوائد - كتاب القضاء والشهادات والدعاوى ص ٢٧٨ - نقلاً عن "فتاوى القاعدي" و"حزارة المفتين".

قضاء الباشا وكتابه إلى القاضي جائر إن لم يكن قاضي مؤلفي من السلطان الحاكم كالقاضي إلا في أربع عشرة^(١) مسألة ذكرناها في "شرح الكنز"، يعني: في^(٢) "البحر"^(٣).

ذا رأي، أما إذا لم يكن له رأي فلا، "ط"^(٤) عن "أبي السعود". والمراد بالرأي: الاجتهاد. [٢٦٤٣٣] (قوله: قضاء الباشا إلخ) قدمنا^(٥) الكلام عليه قبيل قول "المصنف": ((لا يقضى على غائب ولا له)).

[٢٦٤٣٤] (قوله: الحاكم كالقاضي) في بعض النسخ^(٦): ((المحكم))، وهو الذي في "البحر"^(٧) و"الأشباه"^(٨).

[٢٦٤٣٥] (قوله: إلا في أربع عشرة مسألة) سيأتي^(٩) في آخر باب التحكيم: ((أنه في "البحر" عدّها سبع عشرة^(١٠)))، ويأتي بيانه هناك مع زيادة [٢٦٦٣/٣] عليها. [٢٦٤٣٦] (قوله: ذكرناها) من كلام "الأشباه"^(١١).

محلّ اجتهاد، وإذا كان القاضي مُقلداً لمن يراه يُحلف، لكن في "السندي" نقلاً عن "الكردي": ((تحليف المدعي والشاهد أمر منسوخ باطل، والعمل به حرام)). وفي "التهذيب": ((وفي زماننا لما تعذرت التزكية بغلبة الفسق اختار القضاة استحلاف الشهود كما اختاره "ابن أبي ليلى"؛ لحصول غلبة الظن)).

(١) في "د" و"و" و"ب": ((أربعة عشر)) وما أثبتناه من "ط" هو الصواب.

(٢) ((في)) ليست في "د" و"و".

(٣) "البحر": كتاب القضاء - باب التحكيم ٢٧/٧ - ٢٨، والمسائل فيه سبع عشرة وكما ذكر ابن عابدين رحمه الله.

(٤) "ط": كتاب القضاء - فصل في الحبس ٢٠٣/٣.

(٥) المقولة [٢٦٣٥٩] قوله: ((قلت: وأما الأمير إلخ)).

(٦) كما في نسخة "و".

(٧) "البحر": كتاب القضاء - باب التحكيم ٢٧/٧.

(٨) "الأشباه والنظائر": الفن الثاني: الفوائد - كتاب القضاء والشهادات والدعاوى ص ٢٧٠، وعبارته في المطبوعة التي بين أيدينا: ((الحاكم كالقاضي)).

(٩) ص ٥٤٥ - "در".

(١٠) في النسخ جميعها: ((سبعة عشر))، وما أثبتناه هو الصواب.

(١١) "الأشباه والنظائر": الفن الثاني: الفوائد - كتاب القضاء والشهادات والدعاوى ص ٢٧٠.

وفي الفصل الأول من "جامع الفصولين"^(١): ((القاضي بتأخير الحكم يائمه، ويُعزَلُ ويُعزَّرُ^(٢))). وفي "الأشباه"^(٣): ((لا يجوز للقاضي تأخير الحكم بعد وجود شرائطه إلا في ثلاث: لرؤية، ولرجاء صلح أقارب،)).

[٢٦٤٣٧] (قوله: ويُعزَلُ أي: يستحق العزل كما في "الزليعي"^(٤)).

[مطلب: لا يجوز للقاضي تأخير الحكم إلا في ثلاث]

[٢٦٤٣٨] (قوله: لرؤية) أي: إذا كان له رؤية في الشهود، ومنها: ثلاثة شهدوا عنده، ثم قال أحدهم قبل القضاء: أستغفر الله كذبت في شهادتي، فسمعه القاضي بلا تعيين شخصيه، فسألهم فقالوا: كلنا على شهادتنا، فإنه لا يقضي بشهادتهم، ويخرجهم من عنده حتى ينظر في ذلك، "بيري"^(٥).

[٢٦٤٣٩] (قوله: ولرجاء صلح أقارب) وكذا الأجانب؛ لأن القضاء يورث الضعينة، فيتحرز عنه مهما أمكن، "ط"^(٦) عن الشيخ "صالح"^(٧). وفي "البيري"^(٨) عن "خزاعة الأكمل": ((إذا طمع القاضي في إرضاء الخصمين لا بأس بردهما^(٩)، ولا يُنفذ القضاء بينهما لعلهما يصطلحان، ولا يردهما أكثر من مرتين، وإن لم يطمع أنفذ القضاء)) اهـ.

(١) "جامع الفصولين": الفصل الأول في القضاء ١٣/١.

(٢) في "ب" و"ط": ((ويُعزَّرُ ويعزل))، وما أثبتناه من بقية النسخ موافق لما في "جامع الفصولين".

(٣) "الأشباه والنظائر": الفن الثاني: الفوائد - كتاب القضاء والشهادات والدعاوى ص ٢٦٧.

(٤) "تبيين الحقائق": كتاب الرجوع عن الشهادة ٢٤٤/٤.

(٥) "عمدة ذوي البصائر": الفن الثاني: الفوائد - كتاب القضاء والشهادات والدعاوى ق ١٣٢/١ بتصرف.

(٦) "ط": كتاب القضاء - فصل في الحبس ٢٠٤/٣.

(٧) لعله الشيخ صالح بن المصنف التمرناشي صاحب "زواهر الجواهر" على "الأشباه والنظائر" (ت ١٠٥٥هـ)،

وتقدمت ترجمته ٣٧١/٨.

(٨) "عمدة ذوي البصائر": الفن الثاني: الفوائد - كتاب القضاء والشهادات والدعاوى ق ١٣٢/١.

(٩) في النسخ جميعها: ((بردهم)) بضمير الجمع، وما أثبتناه هو الأنسب، ومثله في "ط".

وإذا استمهَلَ المدَّعي. لَا يَصِحُّ رجوعُهُ عن قضاةٍ إلَّا في ثلاثٍ^(١):

٣٤٤/٤

(٢٦٤٤٠) (قوله: وإذا استمهَلَ المدَّعي) أراد أن المدَّعي إذا استمهَلَ من القاضي حتَّى يُحضِرَ بَيِّنَةً فَإِنَّهُ يُمهَلُ، وكذا إذا أقامَ البَيِّنَةُ، ثُمَّ إنَّ المدَّعي عليه استمهَلَ من القاضي حتَّى يَأْتِيَ بالدَّفْعِ فَإِنَّهُ يُجِبُّهُ، وَلَا يَعْجَلُ بالحُكْم. اهـ. وهذا بعد أن يسأله عن الدَّفْعِ وكان صحيحاً، فلو فاسداً لَا يُمهَلُ وَلَا يَلْتَفِتُ إليه كما في "قاضي خان"^(٢)، "بيري"^(٣).

قلت: وسيأتي^(٤) قبيل بابِ دعوى الرِّجلين: ((أنه لو قال المدَّعي عليه: لي دَفْعٌ يُمهَلُ إلى المجلسِ الثاني))، وزاد "البيري"^(٥) عن "الخلاصة"^(٦) مسألةً أُخرى يُؤخَّرُ فيها: ((إذا لم يعتمدْ على فتوى أهلِ مِصرِهِ، فَبَعَثَ الفتوى إلى مِصرٍ آخَرَ لَا يَأْتُمُ بتأخيرِ القضاء)).

مطلب: لَا يَصِحُّ رجوعُ القاضي عن قضاةٍ إلَّا في ثلاثٍ

(٢٦٤٤١) (قوله: لَا يَصِحُّ رجوعُهُ عن قضاةٍ) فلو قال: رجعتُ عن قضائي، أو وَقَعْتُ في تلييسِ الشُّهودِ، أو أَبْطَلْتُ حُكْمِي لم يَصِحَّ، والقضاءُ ماضٍ كما في الحَانِيَّةِ^(٧)، "أشباه"^(٨). فَيَدُّ بالرجوعِ لأنَّهُ لو أَنْكَرَ القضاءَ وقال الشُّهودُ: قَضَى فالقولُ له على المفتي به، ذِكْرُهُ "ابنُ الغُرْسِ"، وَقَدْ مَنَّ^(٩) أوَّلُ القضاءِ عن "جامعِ الفصولين" اعتماداً خِلافِهِ في زماننا.

(قوله: أراد أن المدَّعي إذا استمهَلَ من القاضي حتَّى يُحضِرَ بَيِّنَةً إلخ) صدرُ عبارة "البيري" هكذا: ((قال "الخَصَافُ": وأَجْعَلُ لِمَنْ يَطْلُبُ حَقًّا غَائِبًا أو شاهداً أَمَدًا يَنْتَهِي إليه، أراد أن إلخ))، وبهذا يَتَضَحُّ الحالُ.

(قوله: وزاد "البيري" عن "الخلاصة" إلخ) لا حاجةَ لزيادةٍ ما في "الخلاصة"، فإنَّ المرادَ بالرَّيْبَةِ ما يَشْمَلُ الرَّيْبَةَ في الحُكْمِ.

(١) انظر "الأشباه والنظائر": الفن الثاني: الفوائد - كتاب القضاء والشهادات والدعوى ص ٢٧٨.

(٢) "الحانية": كتاب الدعوى والبيانات - باب ما يبطل دعوى المدعي قبل القضاء أو بعده ٤٣٧/٢ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) "عمدة ذوي البصائر": كتاب القضاء والشهادات والدعوى ق ١٣٢/أ/ب تصرف.

(٤) انظر "الدر" عند المقولة [٢٧٨٨٨] قوله: ((يُمهَلُ إلى المجلسِ الثاني)).

(٥) "عمدة ذوي البصائر": كتاب القضاء والشهادات والدعوى ق ١٣٢/أ/ب تصرف.

(٦) "الخلاصة": كتاب القضاء - الفصل التاسع في الحبس ق ٢١٠/ب

(٧) لم نثر على المسألة في مظانها من في مطبوعة "الحانية" التي بين أيدينا.

(٨) "الأشباه والنظائر": الفن الثاني: الفوائد - كتاب القضاء والشهادات والدعوى ص ٢٧٨.

(٩) المقولة [٢٥٩٣٣] قوله: ((وطريق)).

لو بعلمه، أو ظهر خطأه، أو بخلاف مذهبه. فعِلُ القاضي حُكْمٌ،.....

مطلبٌ في حُكْمِ القاضي بعلمه

[٢٦٤٤٢] (قوله: لو^(١) بعلمه) كما إذا اعترفَ عنده شخصٌ لآخر بمبلغٍ وغابا عنه، ثمَّ تداعى عنده اثنان، فحكمَ على أحدهما ظاناً أنَّه ذلك المُعترفُ، ثمَّ تبينَ له أنَّه غيرُهُ له نقضُهُ، وتأمُّهُ في "شرح الوهبانية"^(٢). وهذا مبنيٌّ على أنَّ للقاضي العمل بعلمه، والفتوى على عَدَمِهِ في زماننا كما نقلَهُ في "الأشباه"^(٣) عن "جامع الفصولين"^(٤). وقيدَ بـ ((زماننا)) لفسادِ القضاةِ فيه، وأصلُ المذهبِ الجوازُ، وسيأتي تأمُّهُ في بابِ كتابِ القاضي إلى القاضي.

[٢٦٤٤٣] (قوله: أو ظهر خطأه) تقدَّم^(٥) بيانه عندَ قوله: ((ولو قضى بالجور)).

[٢٦٤٤٤] (قوله: أو بخلافِ مذهبه) تقدَّمَ بيانه^(٦) عندَ قوله: ((قضى في مُجتهَدٍ فيه بخلافِ رأيهِ)).

مطلبٌ: فعِلُ القاضي حُكْمٌ

[٢٦٤٤٥] (قوله: فعِلُ القاضي حُكْمٌ إلخ) كذا في "الأشباه"^(٨) تفريعاً^(٩) واستثناءً، وذكرَ في "البحر"^(١٠) أوَّلَ كتابِ القضاءِ: ((أَنَّ^(١١) فعِلَ القاضي على وجهين:

(١) في "م": ((ولو))، وهو خطأ.

(٢) انظر "تفصيل عقد الفرائد": فصل من كتاب أدب القاضي ٢٩٨/١.

(٣) "الأشباه والنظائر": الفن الثاني: الفوائد - كتاب القضاء والشهادات والدعاوى ص ٢٦٢..

(٤) "جامع الفصولين": الفصل الأول في القضاء ١٩/١.

(٥) ص ٥٧١ - وما بعدها "در".

(٦) ص ٥٠٠ - "در".

(٧) ص ٤٦٤ - "در".

(٨) "الأشباه والنظائر": الفن الثاني: الفوائد - كتاب القضاء والشهادات والدعاوى ص ٢٧٨..

(٩) في "الأصل": ((تعريفاً))، وهو تحريف.

(١٠) "البحر": كتاب القضاء ٢٧٩/٦.

(١١) ((أَنَّ)) ليست في "ب" و"م".

الأول: ما لا يكون مَوْضِعاً للحكم كما لو أذنته مكلّفة بتزويجها فزوجها، فإنه وكيل عنها، ففعله ليس بحكم كما في "القاسمية"^(١).

الثاني: ما يكون محلاً للحكم كتزويج صغيرة لا ولي لها، وشرائه ويّعه مال اليتيم، وقسمته العقار ونحو ذلك، فجزم في "التجنيس": بأنه حكم. وكذا تزويج اليتيمة من ابنه، وردّه في نكاح "الفتح"^(٢): بأن الأوجه أنه ليس بحكم؛ لانتفاء شرطه، أي: من الدّعى الصحيحة، وبأن إلحاقه بالوكيل يكفي للمنع، يعني: أن الوكيل بالنكاح لا يملك التّزويج من ابنه، فالقاضي بمنزلة، فيعني ذلك عن كونه حكماً، وعلى هذا فقولهم -: شراء القاضي مال اليتيم أو شيئاً من الغنيمة لنفسه لا يجوز؛ لأنه حكم لنفسه - خلاف الأوجه؛ لأن إلحاقه بالوكيل للمنع مغلّب عن كونه حكماً؛ لأن شراء الوكيل لنفسه باطل.

مطلب: القضاء القولي يحتاج للدّعى، بخلاف الفعلي والضمّي

لكن لما كثر في كلامهم كون فعيه حكماً فالأولى أن يقال تصحيحاً لكلامهم: إن الحكم القولي يحتاج إلى الدّعى، والفعلي لا، كالقضاء الضمّي^(٣) لا يحتاج إليها، وإنما ١/٢٦٣/٣

(قوله: وردّه في نكاح "الفتح" بأن الأوجه أنه ليس بحكم إلخ) في "البرازية" أول القضاء: ((أمر القاضي إنساناً بالقسمة في الرّشاق يصح؛ لأنها ليست من أعمال القضاء، وكذا إذا خرج إلى الرّشاق ونصب قِماً في مال الصغير أو الوقف أو أذن بالنكاح لأنه ليس بقضاء، ولا من أعماله، والمصّر شرط للقضاء في "ظاهر الرواية" لا لغيره، قال صاحب "المحيط": وهذا مشكّل عندي؛ لأن القاضي إنما يفعل ذلك بولاية القضاء^(٤) حتى لو لم يؤدّن له في ذلك لا يملك، فيبغي أن لا يشترط في المصّر عسى "ظاهر الرواية"، وفي "فتاوى الدّيناري": المحلّود إذا لم يكن في ولاية القاضي ولكن في ولاية من قلّده يصحّ حكمه)) اهـ. وقال "ابو السّعود" نقلاً عن "أحكام الصّغار"^(٥): ((نصب الوصي ليس بقضاء، ولكنّه من أعماله)).

(١) أي: فتاوى العلامة قاسم بن قطلوبغا (ت ٨٧٩هـ)، وتقدّمت ترجمتها ٣٤/٢.

(٢) "الفتح": كتاب النكاح - باب الأولياء والأكفاء ١٨٣/٣ بتصرف.

(٣) في "الأصل": ((الضمين))، وهو تحريف.

(٤) في مطبوعة "التقريرات": ((لقضاء))، وهو خطأ.

(٥) في مطبوعة "التقريرات": ((الصغار)).

يحتاجها القصدِي، ويدخل الضمِّي تبعاً، وقال "محمد" في "الأصل": لو طَلَبَ الوَرَثَةُ القِسْمَةَ للعَقَارِ وفيهم غائبٌ أو صغيرٌ قال "الإمام": لا أَقْسِمُ ما لم يُبرهنوا على الموتِ والموارِيثِ، ولا أَقْضِي على الغائبِ والصَّغِيرِ بقولهم؛ لأنَّ قِسْمَةَ القَاضِي قضاءٌ مِنْهُ، وقالوا: يَقسِمُ اهِ. وهذا قاطعٌ للشُّبْهَةِ، فتعيَّنَ الرُّجوعُ إلى الحَقِّ). اهـ ما في "البحر" مُلْخَصاً.

وحاصلُهُ: أنَّ ما في "الأصل" لا يَمَكُنُ إلْخَافُهُ بِالوَكِيلِ في المنعِ مِنَ القِسْمَةِ، فتعيَّنَ أنَّ العِلَّةَ مانَصٌ عَلَيْهَا مِنْ كَوْنِ فِعْلِهِ حُكْماً، وتعيَّنَ التَّوْفِيقُ بما ذَكَرَ: مِنْ أنَّ القِضَاءَ الفِعْلِيَّ لا يَحْتَاجُ إلى الدَّعْوَى كَالضَّمْنِيِّ، بِخِلَافِ القَوْلِيِّ القِصْدِيِّ^(١)، وبه اندَفَعَ ما مرَّ^(٢) عَنْ "الفتح" مِنْ قَوْلِهِ: ((لِإِنْتِزَاعِ شَرْطِهِ))، وَانْدَفَعَ أَيْضاً قَوْلُ "ابْنِ العَرَسِ": ((إِنَّ الصَّوَابَ أَنَّ الفِعْلَ لا يَكُونُ حُكْماً^(٣))). نَعَمْ، قال في "النَّهْرِ"^(٤): ((مِمَّا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَيْسَ بِحُكْمٍ لِإِبْطَائِهِمْ خِيَارَ البُلُوغِ لِلصَّغِيرِ وَالصَّغِيرَةِ بِتَرْوِيجِ القَاضِي عَلَى الأصْحَحْ؛ إِذْ لو كَانَ تَرْوِيجُهُ حُكْماً لَرِمَ نَقْضُهُ)) اهـ.

قلت: وقد يُقال: إِنَّ مَعْنَى كَوْنِهِ حُكْماً أَنَّهُ إِذَا زَوَّجَ الِيتِمَةَ لَيْسَ لِغَيْرِهِ نَقْضُهُ كَمَا أَفْتَى بِهِ "ابْنُ نَجِيم"^(٥)، أَي: لو رُفِعَ إلى حَاكِمٍ آخَرَ لا يَرَاهُ لَيْسَ لَهُ نَقْضُهُ، بَلْ عَلَيْهِ تَفْذِيلُهُ؛ لِأَنَّ الحُكْمَ يَرْفَعُ الخِلَافَ، وَلا يُلْزَمُ مِنْ هَذَا أَنَّهُ لَيْسَ لَهَا خِيَارُ البُلُوغِ كَمَا لو زَوَّجَهَا عَصْبَةٌ غَيْرُ الأبِ والجَدِّ وَحَكَمَ بِهِ القَاضِي، فَإِنَّ حُكْمَهُ بِصَحَّةِ العَقْدِ لا يُنَافِي بُتُوثَ خِيَارِ البُلُوغِ كَمَا لا يَخْفَى، فَكَذَا هُنَا بِالأَوَّلِ.

مطلب في القضاء الضمِّي

(تَمَّةٌ)

قال في "الأشياء"^(٦): ((القضاء الضمِّيُّ لا تُشْتَرِطُ لَهُ الدَّعْوَى والخُصُومَةُ، فَإِذَا شَهِدَا عَلَى

(١) في "الأصل": ((والقصدِي)).

(٢) في هذه المقالة.

(٣) ((حكما)) ساقطة من "الأصل".

(٤) "النهر": كتاب القضاء ق ٤٢٦ ب بتصرف.

(٥) "فناوى ابن نجيم": كتاب النكاح ص ٢٣ - (هامش "الفناوى الغيائية").

(٦) "الأشياء والنظائر": الفن الثاني: الفوائد - كتاب القضاء والشهادات والدعاوى ص ٢٧٦..

فلو زوّج اليتيمة من نفسه أو ابنه لم يَجْزُ إلّا في مسألتين: إذا أذن الولي للقاضي بتزويجها كان وكيلًا، وإذا أعطى فقيرًا من وقف الفقراء كان له إعطاء غيره.....

خَصِمٌ بِحَقٍّ وَذَكَرَا اسْمَهُ وَاسْمَ أَبِيهِ وَجَدَّهِ وَقَضَى بِذَلِكَ الْحَقَّ كَانَ قَضَاءً بِنَسَبِهِ ضِمْنًا وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي حَادِثَةِ النَّسَبِ)) اهـ. أي: إذا كان المشهود عليه غير مُشارٍ إليه، فلو مُشارًا إليه لا يثبت نسبه كما أَوْضَحَهُ "الحموي"^(١)، ثُمَّ قَالَ فِي "الأشباه"^(٢): ((وعلى هذا: لو شَهِدَا بِأَنَّ فُلَانَةً زَوْجَةَ فُلَانٍ وَكَلَّتْ زَوْجَهَا فُلَانًا فِي كَذَا عَلَى خَصْمٍ مُنْكَرٍ وَقَضَى بِتَوَكِيلِهَا كَانَ قَضَاءً بِالزَّوْجِيَّةِ بَيْنَهُمَا، وَهِيَ حَادِثَةُ الْفَتَوَى، وَنَظِيرُهُ مَا فِي "الخلاصة"^(٣) مِنْ طَرِيقِ الْحُكْمِ بَثْبُوتِ الرَّمْضَانِيَّةِ: أَنَّ يُعْلَقَ رَجُلٌ وَكَالَةَ فُلَانٍ بِدُخُولِ رَمَضَانَ، وَيُدْعَى بِحَقٍّ عَلَى آخَرَ وَيَتَنَارَعَا فِي دُخُولِهِ، فَنَقَامُ الْبَيِّنَةُ عَلَى رُؤْيَاهُ، فَيُثْبِتُ رَمَضَانُ ضِمْنَ ثَبُوتِ التَّوَكِيلِ. وَأَصْلُ الْقَضَاءِ الضَّمْنِيِّ مَا ذَكَرَهُ أَصْحَابُ الْمُتُونِ: مِنْ أَنَّهُ لَوْ ادَّعَى كِفَالَةَ عَلَى رَجُلٍ بِمَا لِيَذْنِيهِ فَأَقْرَبُ بِهَا وَأَنْكَرَ الدَّيْنِ، فَبَرَهَنَ عَلَى الْكَفِيلِ بِالَّذِينَ وَقَضَى عَلَيْهِ بِهَا كَانَ قَضَاءً عَلَيْهِ قَصْدًا وَعَلَى الْأَصِيلِ الْغَائِبِ ضِمْنًا، وَلَهُ فُرُوعٌ وَتَفَاصِيلُ ذَكَرْنَاهَا فِي "الشَّرْح"^(٤)) اهـ.

٣٤٥/٤

[٢٦٤٤٦] (قَوْلُهُ: إلّا فِي مَسْأَلَتَيْنِ إلَخ) اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ: ((فَعَلُ الْقَاضِي حُكْمٌ))، وَوَجْهُ الْأَوَّلَى: أَنَّ فَعْلَهُ بِطَرِيقِ الْوَكَالَةِ، وَوَجْهُ الثَّانِيَّةِ: أَنَّ فَعْلَهُ كَفَعْلِ الْوَاقِفِ، فَلِقَاضٍ آخَرَ^(٥) نَقَضَهُ كَمَا فِي "مَنْتَخَبِ الْمَحِيطِ الرِّضَوِيِّ"^(٦)، وَقَيَّدَ ذَلِكَ فِيهِ بِقَيْدَيْنِ عَنْ بَعْضِ الْمَشَايخِ، فَإِنَّمَا قَالَ:

(قَوْلُهُ: قَالَ فِي "الأشباه": وَعَلَى هَذَا: لَوْ شَهِدَا بِأَنَّ فُلَانَةً إلَخ) قَالَ "البيري"^(٧): ((هَذَا التَّفْرِيعُ مُخَالِفٌ لِلْمَنْقُولِ فَلَا يُعَوَّلُ عَلَيْهِ)) اهـ مِنْ "هَبَةِ اللَّهِ".

(١) "عَمَزُ عَيُونِ الْبَصَائِر": الْفَنُ الثَّانِي: الْفَوَائِد - كِتَابُ الْقَضَاءِ وَالشَّهَادَاتِ وَالِدَعَاوَى ٢/٣٨٤.

(٢) "الأشباه وَالنِّظَائِر": الْفَنُ الثَّانِي: الْفَوَائِد - كِتَابُ الْقَضَاءِ وَالشَّهَادَاتِ وَالِدَعَاوَى ٣٦٧-٢٧٧.

(٣) "الخلاصة": كِتَابُ الشَّهَادَاتِ - الْفَصْلُ الثَّانِي فِي الشَّهَادَةِ مَا يَقْبَلُ مِنْهَا وَمَا لَا يَقْبَلُ - جَنْسُ آخِرٍ فِي الرَّمْضَانِيَّةِ وَالْعِيدِ ٢١٦/٢ بِنَصْرِفٍ.

(٤) أي: "البحر": كِتَابُ الْقَضَاءِ - بَابُ كِتَابِ الْقَاضِي إِلَى الْقَاضِي وَغَيْرِهِ ٢٠/٧ وَمَا بَعْدَهَا.

(٥) فِي "٣": ((فَلِلْقَاضِي الْأَخَرِ)).

(٦) الْمُسَمَّى "بِالْوَجِيزِ"، وَالْمَعْرُوفُ بِ: "مَخْتَصَرِ الْمَحِيطِ"، وَهُوَ لِلخَبَازِيِّ (ت ٦٩١هـ)، وَتَقَدَّمَتْ تَرْجُمَتُهُ ٤٥٨/١.

أمر القاضي حكم، إلا في مسألة الوقف المذكورة^(١) فأمره فتوى، فلو صرف لغيره
صح. القاضي يحلف غريم الميث.....

((وإن أعطى القاضي بعض القربة - أي: فقيراً من قرابة الواقف - ولم يقض له بذلك، ولم يجعله
راتباً في الوقف كان لقاضي آخر نقضه)). لكن ذكر في "الأشباه"^(٢) من القاعدة الخامسة:
((أن تقرير القاضي المرتبات غير لازم إلا إذا حكم بعدم تقرير غيره، فحينئذ يلزم، وهي في
"الخصاف"^(٣)))، أفاده "البيري"^(٤).

مطلب: أمر القاضي حكم

[٢٦٤٤٧] (قوله: أمر القاضي حكم) قدّمنا^(٥) أول القضاء أنهم اتفقوا على أن أمره
بحبس المدعى عليه بالحق كأمره بالأخذ منه، وعلى أن أمره بصرف كذا من وقف الفقراء
إلى فقير من قرابة الواقف ليس بحكم، حتى لو صرفه إلى فقير آخر صح. واحتلفوا في
قولهم: سلم الدار، وتأم الكلام عليه في "البحر"^(٦) و"النهر"^(٧) هناك.

مطلب: يحلف القاضي غريم الميث

[٢٦٤٤٨] (قوله: القاضي يحلف غريم الميث) لم يبين أن هذا التحليف واجب أم
لا، وتوقف فيه "المقدسي"، لكن قال في "الخلاصة"^(٨) عن "أدب القاضي" لـ "الخصاف"^(٩):

(١) ص ٥٢٢ - "در".

(٢) "الأشباه والنظائر": الفن الأول: القواعد الكلية - النوع الثاني من القواعد - القاعدة الخامسة: تصرف الإمام على
الرعية منوط بالمصلحة ص ٤٠ - بتصرف.

(٣) "أحكام الأوقاف": باب الرجل يقف الأرض في أبواب البر أو في الحج أو في ابن السبيل إلخ ص ٢٣٧.

(٤) "عمدة ذوي البصائر": الفن الأول: القواعد الكلية - المبحث الثالث - القاعدة الخامسة تصرف الإمام على رعيته
منوطاً بالمصلحة ق ٣٧/أ.

(٥) المقولة [٢٥٩٢٨] قوله: ((حكم)).

(٦) انظر "البحر": كتاب القضاء ٦/٢٧٨.

(٧) انظر "النهر": كتاب القضاء ق ٤٢٦/أ.

(٨) "الخلاصة": كتاب القضاء - الفصل السابع في اليمين - جنس آخر - فيما يجري فيه الاستحلاف وفيما لا يجري ق ٢٠٦/أ.

(٩) انظر "شرح أدب القاضي" للصدر الشهيد: الباب الثالث والستون في ما يجوز من فعل الوصي ٣٦٧/٣ بتصرف.

((وَأَجْمَعُوا عَلَى [١/٢٢٧٥/٣] أَنْ مَنْ ادَّعَى ذَيْبًا عَلَى الْمَيْتِ يُحْلَفُ مِنْ غَيْرِ طَلَبِ الْوَصِيِّ وَالْوَارِثِ: بِاللَّهِ مَا اسْتَوْفَيْتَ ذَيْبَكَ مِنَ الْمَدْيُونِ وَلَا مِنْ أَحَدٍ أَذَاهُ إِلَيْكَ عَنْهُ، وَلَا قَبْضَهُ قَابِضٌ وَلَا أَبْرَأْتَهُ وَلَا شَيْئًا مِنْهُ، وَلَا أَجَلْتَ بِذَلِكَ وَلَا بِشَيْءٍ مِنْهُ عَلَى أَحَدٍ، وَلَا عِنْدَكَ بِهِ وَلَا بِشَيْءٍ مِنْهُ رَهْنٌ)) اهـ. وعَلَّاهُ "الصُّدْرُ الشَّهِيد" ^(١): ((بِأَنَّ الْيَمِينَ لَيْسَتْ لِلْوَارِثِ هَاهُنَا وَإِنَّمَا هِيَ لِلتَّرِكَةِ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَكُونُ لَهُ غَرِيمٌ آخَرُ أَوْ مُوصًى لَهُ، فَالْحَقُّ فِي هَذَا فِي تَرِكَةِ الْمَيْتِ، فَعَلَى الْقَاضِي الْإِحْتِيَاظُ فِي ذَلِكَ))، وَقَالَ قَبْلَهُ ^(٢): ((وَلَا يَدْفَعُ لَهُ شَيْئًا حَتَّى يَسْتَحْلِفَهُ)) اهـ. فَحَيْثُ أَجْمَعُوا عَلَى تَحْلِيفِهِ وَذَكَرُوا أَنَّهُ لَا يَدْفَعُ إِلَيْهِ الْمَالَ حَتَّى يُسْتَحْلَفَ وَلَمْ ^(٣) يَفْعَلْ ذَلِكَ لَمْ تَسْتَوْفِ الدَّعْوَى شَرْطَهَا، فَلَا يَنْفُذُ حُكْمُهُ بِالْدَّفْعِ وَالْقَبْضِ، وَالْقَاضِي مَأْمُورٌ بِالْحُكْمِ بِأَصْحَاقِ أَقْوَالِ "الْإِمَامِ"، إِذَا دَعَا حَكَمَ بِغَيْرِهِ لَمْ يَصِحَّ، كَيْفَ وَقَدْ أَجْمَعُوا عَلَى التَّحْلِيفِ؟! وَتَمَامُهُ فِي "الْحَامِدِيَّة" ^(٤). قَالَ فِي "الْبَحْرِ" ^(٥) مِنَ الدَّعْوَى: ((وَلَا خُصُوصِيَّةَ لِلدَّيْنِ، بَلْ فِي كُلِّ مَوْضِعٍ يَدْعَى حَقًّا فِي التَّرِكَةِ وَأَثْبَتَهُ بِالْيَمِينَةِ))، وَعَزَاهُ إِلَى "الْوَلَوَالِجِيَّة" ^(٦)؛ ثُمَّ قَالَ ^(٧): ((وَلَمْ أَرَ حُكْمَ مَنْ ادَّعَى أَنَّهُ دَفَعَ لِلْمَيْتِ ذَيْبَهُ وَبَرَهْنًا، هَلْ يُحْلَفُ؟ وَيَنْبَغِي أَنْ يُحْلَفَ احْتِيَاظًا)) اهـ. قَالَ مُحَشِّهِ "الرِّمْلِيِّ": ((قَدْ يُقَالُ: إِنَّمَا يُحْلَفُ فِي مَسْأَلَةِ مُدَّعِي الدَّيْنِ عَلَى الْمَيْتِ احْتِيَاظًا؛ لِاحْتِمَالِ أَنَّهُمْ شَهِدُوا بِاسْتِصْحَابِ الْحَالِ وَقَدْ اسْتَوْفَاهُ فِي بَاطِنِ الْأَمْرِ، وَأَمَّا فِي مَسْأَلَةِ دَفْعِ الدَّيْنِ فَقَدْ شَهِدُوا عَلَى حَقِيقَةِ الدَّفْعِ، فَانْتَفَى الْإِحْتِمَالُ الْمَذْكُورُ)) اهـ. وَهَذَا وَجِيهٌ كَمَا لَا يَخْفَى.

(تَنْبِيْهٌ)

فَيَدُّ بِالْقَاضِي لِأَنَّ لِلْوَصِيِّ أَنْ يَدْفَعَ ذَلِكَ لِلْمَقْرَّرِ لَهُ إِذَا أَقْرَبَ بِهِ الْمَيْتُ عَنْدَهُ كَمَا نَصَّوْا عَلَيْهِ، وَتَمَامُهُ فِي "الْبِيرِي" ^(٨).

(١) "شرح أدب القاضي": الباب الثالث والستون فيما يجوز من فعل الوصي ٣/٣٦٨.

(٢) في "م": ((ولو لم)).

(٣) انظر "العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية": كتاب الدعوى ١٢/٢.

(٤) "البحر": كتاب الدعوى ٧/٢٠٤، وعبارته: ((لا خصوصية لدعوى الدين)).

(٥) "الولوالجية": كتاب الدعوى - الفصل الرابع فيما يحلف وفيما لا يحلف إلخ ١٩١/٤.

(٦) أي: صاحب "البحر": كتاب الدعوى ٧/٢٠٤.

(٧) انظر "عمدة ذوي البصائر": الفن الثاني: الفوائد - كتاب القضاء والشهادات والدعاوى ق ١٤٦/ب.

ولو أقرَّ به المريضُ. لا يُقبلُ قولُ أمينِ القاضي أنه حلفَ المخدَّرةَ إلَّا بشاهدين. مَن اعتمدَ على أمرِ القاضي الذي ليس بشرعيٍّ لم يخرجْ عن العَهْدَةِ^(١))) اهـ

[٢٦٤٤٩] (قوله: ولو أقرَّ به المريضُ) أي: في مرضٍ موته. قال في "التَّارِخَانِيَّة": ((وقال القاضي الإمامُ "أبو عليّ النَّسْفِيُّ": عَرَفْنَا أَنَّ الدَّيْنَ إِذَا تَقَادَّمَ وَجُوبُهُ حَتَّى يُتَوَهَّمَ سَقُوطُهُ بِهَذِهِ الْأَسْبَابِ فَعَرِيمٌ الْمَبْتِ يُسْتَحْلَفُ، وَكُنَّا نَنْظُرُ أَنَّ الدَّيْنَ إِذَا ثَبَتَ بِإِقْرَارِ الْمَرِيضِ فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ أَنَّ الْغَرِيمَ لَا يُسْتَحْلَفُ؛ لِأَنَّهُ ذَكَرَ فِي "المَبْسُوطِ"^(٢) فِي مَوَاضِعَ: أَنَّ الْمَرِيضَ إِذَا أَقَرَّ فِي مَرَضِهِ بِالْأُيُونِ لِلْغُرَمَاءِ فَإِنَّهُمْ يُعْطَوْنَ ذَلِكَ، وَلَمْ يَشْتَرِطِ الْيَمِينَ، وَ"الْخَصَافُ"^(٣) ذَكَرَ الْيَمِينَ هُنَا، وَهَذَا شَيْءٌ اسْتَفِيدَ مِنْ جِهَتِهِ)) اهـ "بيري"^(٤).

[٢٦٤٥٠] (قوله: أنه حلفَ المخدَّرةَ) هي التي لا تُخالِطُ الرِّجَالَ وَإِنْ خَرَجَتْ لِحَاجَةٍ وَحَمَامٍ، كَذَا ذَكَرَهُ "الشَّارْحُ" عَنْ "القَنِيَّةِ" فِي بَابِ الشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ^(٥).
 [٢٦٤٥١] (قوله: إلَّا بشاهدين) هذه عبارة "الأَشْبَاهِ"^(٦)، وَظَاهَرُهَا: أَنَّهُ لَا بَدَأَ مِنْ شَاهِدَيْنِ غَيْرِ الْأَمِينِ، وَقَدَّمَ^(٧) عَنْ "الصَّغَرَى": ((أَنَّهُ يُقْبَلُ قَوْلُ شَاهِدٍ مَعَهُ))، قَالَ الشَّيْخُ "صَالِحُ"^(٨): ((وَلَعَلَّ ذَلِكَ لِاخْتِلَافِ الرَّوَايَتَيْنِ))، "ط"^(٩).

(١) "الأشباه والنظائر": الفن الثاني: الفوائد - كتاب القضاء والشهادات والدعاوى ص ٢٨٢.

(٢) انظر "المبسوط": كتاب الإقرار - باب إقرار المفاوضة بالدين ١٧/١٩٤، وباب الإقرار في المرض ٢٤/٢٦ - ٢٦، وباب الإقرار في غير المرض ١٨/١٨٦، وكتاب المأذون الكبير - باب إقرار المأذون في مرض موله ٢٦/٤٨.

(٣) "الحيل": باب في فعل المريض ص ٩٢، وقد ذكر الخصاف المسألة في "أدب القاضي" بدون ذكر اليمين انظر "شرح أدب القاضي" للصدر الشهيد: ٣٨٩/٢.

(٤) "عمدة ذوي البصائر": الفن الثاني: الفوائد - كتاب القضاء والشهادات والدعاوى ق ١٤٧/أ باختصار.

(٥) انظر "الدر" عند المقولة [٢٧١٥٥] قوله: ((أو كون المرأة مُخدَّرة)).

(٦) "الأشباه والنظائر": الفن الثاني: الفوائد - كتاب القضاء والشهادات والدعاوى ص ٢٨٠.

(٧) أي: في "الأشباه والنظائر": الفن الثاني: الفوائد - كتاب القضاء والشهادات والدعاوى ص ٢٦٣.

(٨) هو الشيخ صالح التمرتاشي (ت ١٠٥٥ هـ) صاحب "زواهر الجواهر على الأشباه والنظائر"، وتقدمت ترجمته ٣٧١/٨.

(٩) "ط": كتاب القضاء - فصل في الحبس ٣/٢٠٥.

وقدّمنا^(١) في الوقف عن "المنظومة المحببة" معزياً لـ "المبسوط": ((أَنَّ لِلسُّلْطَانِ مُخَالَفَةَ شَرْطِ الْوَاقِفِ لَوْ غَالِبُهُ قُرَى وَمَزَارِعَ، وَأَنَّهُ يُعْمَلُ بِأَمْرِهِ وَإِنْ غَايَرَ الشَّرْطَ))، فليُحْفَظْ. قُلْتُ: وَأَجَابَ "صُنْعِي أَفْنَدِي"^(٢): ((بَأَنَّهُ مَتَى كَانَ فِي الْوَقْفِ سَعَةٌ.....

[٢٦٤٥٢] (قوله: وقدّمنا في الوقف إلخ) كان الأولى ذكره عند قوله: ((أمر السلطان إنما يتفد إلخ)).

مطلب: أَنَّ لِلسُّلْطَانِ مُخَالَفَةَ أَمْرِ الْوَاقِفِ لَوْ غَالِبُهُ قُرَى وَمَزَارِعَ^(٣)

[٢٦٤٥٣] (قوله: أَنَّ لِلسُّلْطَانِ مُخَالَفَةَ شَرْطِ الْوَاقِفِ) فيجوز له إحداث وظيفة أو مرتب إذا كان المقرّر في ذلك من مصارف بيت المال، "ط"^(٤).

[٢٦٤٥٤] (قوله: لو غالبه قرى ومزارع) بأن كان الوقف له سلطاناً أو واحداً من الأمراء ولم يعلم تملكه لها بوجه شرعي، ولذا علّقه "الشارح" هناك^(٥) بقوله: ((لأن أصلها ليست المال))، وأتى المفتي "أبو السعد أفندي": ((بأن أوقاف الملوك والأمراء لا يرعى شروطها؛ لأنها من بيت المال أو ترجع إليه)) اهـ. وقدّمنا^(٦) تمام الكلام على ذلك في الوقف.

[٢٦٤٥٥] (قوله: وأجاب "صنعي أفندي") أي: عن سؤال سئل عنه.

[٢٦٤٥٦] (قوله: متى كان في الوقف سعة) بفتح السين والعين المهملتين، أي: بأن كانت غلته وافرة.

(قوله: لأنها من بيت المال أو ترجع إليه) بأن كان الوقف رقيق بيت المال؛ لأنّ في عتقه نظراً.

(١) في "ط": ((وقدّمناه))، وانظر ٦٦٠/١٣ "در".

(٢) لعل مصطفى بن جعفر، شيخ الإسلام المعروف بصنع الله المفتي العمادي الرومي (ت ١٠٢٢هـ). ("خلاصة الأثر"

٢٥٦/٢، "هدية العارفين" ٤٣٩/٢).

(٣) هذا المطلب من "د".

(٤) "ط": كتاب القضاء - فصل في الحبس ٢٠٥/٣.

(٥) ٦٦٠/١٣ "در".

(٦) المقولة [٢١٧٧٢] قوله: ((ونقل)).

ولم يُقَصِّرْ في أداءِ خِدْمَتِهِ لَا يُمْنَعُ))، فتنبّه. وفي "الوهبانية"^(١): ((يُحْبَسُ الْوَلِيُّ بِدَيْنِ الصَّغِيرِ حَتَّى يُوفِّيَهُ أَوْ يَظْهَرَ فَقْرُ الصَّغِيرِ)). قلتُ: لكنْ قَدَّمَ "شارحُها"^(٢) عن "قاضي خان"^(٣): ((أَنْ^(٤) الْحُرُّ، وَالْعَبْدُ، وَالْبَالِغُ، وَالصَّبِيُّ فِي الْحَبْسِ سَوَاءٌ))، فَيَتَأَمَّلُ^(٥) نَفْيُهُ هُنَا، قَالَهُ "الشَّرْئُ الْبَالِي"،

[٢٦٤٥٧] (قوله: ولم يُقَصِّرْ أي: ذو الوظيفة التي أحدثها السلطانُ.

[٢٦٤٥٨] (قوله: لَا يُمْنَعُ) أي: من تناول ما قرَّره له.

مطلب في حبس الصبي

[٢٦٤٥٩] (قوله: يُحْبَسُ الْوَلِيُّ الْخ) في "البحر"^(٦): ((لَا يُحْبَسُ صَبِيٌّ عَلَى دَيْنِ الْإِسْتِهْلَاكِ وَلَوْ

لَهُ مَالٌ مِنْ غُرُوضٍ وَعَقَارٍ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ أَبٌ أَوْ وَصِيٌّ، وَالرَّأْيُ فِيهِ لِلْقَاضِي، فَيَأْذَنُ فِي يَبِّعَ بَعْضَ مَالِهِ لِلْإِفَاءِ، وَلَوْ لَهُ أَبٌ أَوْ وَصِيٌّ يُحْبَسُ إِنْ امْتَنَعَ مِنْ قَضَاءِ دَيْنِهِ مِنْ مَالِهِ، أَيْ: مَالِ الصَّبِيِّ، وَلَا يُحْبَسُ الصَّبِيُّ إِلَّا بِطَرِيقِ التَّأْدِيبِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَجَسَّرُ إِلَى مِثْلِهِ إِذَا بَاشَرَ شَيْئاً مِنْ أَسْبَابِ التَّعْدِي قَصْداً، فَلَوْ خَطَأً، كَذَا فِي كِفَالَةِ "المبسوط"^(٧)، وَفِي "المحيط": لِلْقَاضِي حَبْسُ الصَّبِيِّ التَّاجِرِ تَأْدِيباً لَا عِقُوبَةً؛ لِأَنَّهُ يُبَاطِلُ حَقُوقَ الْعِبَادِ، فَإِنَّ الصَّبِيَّ يُؤَدَّبُ لِيَنْزِجَرَ عَنِ الْأَفْعَالِ الذَّمِيمَةِ)) اهـ.

[٢٦٤٦٠] (قوله: فَيَتَأَمَّلُ نَفْيُهُ هُنَا) قَدْ عَلِمْتَ مِنْ عِبَارَتِي "المبسوط" و"المحيط" أَنَّ نَفْيَهُ

عَلَى وَجْهِ الْعُقُوبَةِ، وَإِبَاتُهُ عَلَى وَجْهِ التَّأْدِيبِ، وَهُوَ شَامِلٌ أَيْضاً لِلْمَأْذُونِ وَالْمَحْجُورِ، فَافْهَمْ.

(١) "المنظومة الوهبانية": فصل من كتاب أدب القاضي ص ٥٥ - هامش "المنظومة المحببة".

(٢) "تفصيل عقد الفرائد": فصل من كتاب أدب القاضي ٢٩٢/١.

(٣) "الخانه": كتاب الدعوى والبيات - باب الدعوى ٣٧٤/٢ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) ((أَنْ)) ليست في "د".

(٥) في "و" ((فليتأمل)).

(٦) "البحر": كتاب القضاء - فصل في الحبس ٣١٥/٦.

(٧) "المبسوط": كتاب الكفالة - باب الحبس في الدين ٩١/٢٠.

قال: ((وليس للقاضي البيع مع وجود أب أو وصي))، وهي فائدة حسنة.
 قلت: وفي "القنية"^(١): ((ومتى باعاً فللقاضي نقضه لو أصلح)) كما نظمته^(٢)
 "الشارح"، فضممت له "المتن" مغيّراً لبعضه، فقلت:
 وَيُنْقَضُ بَيْعٌ مِنْ أَبٍ أَوْ وَصِيٍّ وَلَوْ مُصْلِحاً وَالْأَصْلَحُ النِّقْضُ يُسْطَرُ
 وَيُحْبَسُ فِي دَيْنٍ عَلَى الطِّفْلِ وَالِدٌ

[٢٦٤٦١] (قوله: قال) أي: "الشَّرْبُئَلِيُّ"، وقد عزاه في "النهر"^(٤) إلى "الطرسوسي"^(٥)
 أخذاً من قول "المبسوط"^(٦): ((ولو له أب أو وصي إلخ)).
 [٢٦٤٦٢] (قوله: فللقاضي نقضه) أي: نقض بيع الأب والوصي لو النقض أصلح للصغير.
 [٢٦٤٦٣] (قوله: كما نظمته "الشارح") أي: "شارح الوهبانية" القاضي "عبد البر بن الشَّحْنَه"^(٧).
 [٢٦٤٦٤] (قوله: ولو مُصْلِحاً) إنما ذكره لأنهم صرحوا بأن شرط بيع الأب عقار الصغير
 يمثل القيمة كونه محموداً أو مستوراً، فلو كان مُفسِداً لا يجوز إلا بضعف القيمة.
 [٢٦٤٦٥] (قوله: والأصلح النقض) الواو للحال. وقوله: ((يُسْطَرُ)) - بسكون السين -
 جملة استثنائية.

[٢٦٤٦٦] (قوله: وَيُحْبَسُ إلخ) أي: يُحْبَسُ الوالد والوصي في دين عنى الطفل لأجنبي
 إذا كان للطفل مالٌ وامتنعاً من أدائه كما علّم مما مر^(٨).

(١) "القنية": كتاب أدب القاضي - باب ولاية القاضي وتصرفاته على الغير ق ١٢٩/ب بتصرف، نقلًا عن "النوازل" للسرقيدي.

(٢) في "و": ((نظم)).

(٣) في "د": ((بيعاً))، وهو تحريف.

(٤) "النهر": كتاب القضاء - فصل في الحبس ق ٤٣٢/ب.

(٥) "أنفع الوسائل": مسألة ما يكون حكماً من القاضي وما لا يكون إلخ ص ٢٣ - بتصرف.

(٦) "المبسوط": كتاب الكفالة - باب الحبس في الدين ٩١/٢٠.

(٧) "تفصيل عقد الفرائد": فصل من كتاب أدب القاضي ٢٩٩/١.

(٨) المقولة [٢٦٤٥٩] قوله: ((يُحْبَسُ الولي إلخ)).

..... وصيُّ وللتأديب بعضُ يُصوِّرُ
وفي الدِّينِ لم يُحبَسْ أبٌ ومُكاتبٌ وعبدٌ لمولاهُ كَعَكْسٍ.....

[٢٦٤٦٧] (قوله: وصيُّ) على تقديرِ الواوِ العاطفة.

[٢٦٤٦٨] (قوله: وللتأديب إلخ) أي: وحَبَسُ الصَّبِيِّ للتأديبِ بعضُ المشايخِ تصوَّروا.

[٢٦٤٦٩] (قوله: وفي الدِّينِ لم يُحبَسْ أبٌ) تقدَّمتُ^(١) هذه المسألةُ في قوله: ((لا يُحبَسُ

أصلٌ وإنَّ علًا في دَينِ فرْعِهِ، بل يقضي القاضي دَينُهُ من عَينِ مالِهِ أو قيمَتِهِ إلخ))، واحترَزَ بالدِّينِ عن النِّفْقَةِ، فإنَّهُ يُحبَسُ بها كما مرَّ هناك^(٢).

[٢٦٤٧٠] (قوله: ومُكاتبٌ) بفتح التاء، أي: لا يُحبَسُ المُكاتبُ بِدَينِ الكتابةِ، فإنَّ كان

دَينًا آخرُ يُحبَسُ به للمولى، ومنهم مَنْ منَعَهُ؛ لأنَّهُ يَتِمَكَّنُ مِنْ إسقاطِهِ بالتَّعْجِيزِ، وصَحَّحَهُ في "المبسوط"^(٣)، وعليه الفتوى، "بحر"^(٤) عن "أنفع الوسائل"^(٥).

[٢٦٤٧١] (قوله: وعبدٌ لمولاهُ) أي: لَدَينِ مولاهُ، أطلقَهُ "الزَّيْلَعِيُّ"^(٦). فظاهِرُهُ: ولو كان

مديونًا، "بحر"^(٧).

[٢٦٤٧٢] (قوله: كَعَكْسٍ) أي: عكسِ المُكاتبِ والعبدِ، فلا يُحبَسُ المولى بِدَينِ مُكاتبِهِ إنَّ كان

مِنْ جنسِ بَدَلِ الكتابةِ؛ لوقوعِ المُقاصَّةِ، وإلَّا يُحبَسُ؛ لتوقُّفِها عَنِ الرِّضَا، ولا يُحبَسُ المولى بِدَينِ عبْدِهِ المأذونِ غَيْرِ المديونِ، وإنَّ مديونًا يُحبَسُ؛ لِحَقِّ الغُرماءِ، "بحر"^(٧). وذكرَهُ "الشارحُ" بعد^(٨).

(١) ص ٤٠٥ - "در".

(٢) ص ٤٠٣ - وما بعدها "در".

(٣) "المبسوط": كتاب الكفالة - باب الحبس في الدين ٩٠/٢٠ بتصرف.

(٤) "البحر": كتاب القضاء - فصل في الحبس ٣١٥/٦.

(٥) "أنفع الوسائل": مسألة الحبس في الديون ص ٣٤١.

(٦) "تبيين الحقائق": كتاب القضاء - فصل في الحبس ١٨٢/٤.

(٧) "البحر": كتاب القضاء - فصل في الحبس ٣١٥/٦.

(٨) ص ٥٣٠ - "در".

..... ومُعْسِرُ
 نَعَمْ، لو العبدُ مديوناً يُحْبَسُ المولى بدنيته؛ لأنه للغرماء، وكذا يُحْبَسُ بدينِ مُكَاتِبِهِ
 إلّا فيما كان من جنسِ الكتابة، ففي عِتاقِ "الوهبانية"^(١):
 وفي غير جنس^(٢) الحقِّ يَحْبَسُ سيِّداً مُكَاتِبُهُ والعبدُ فيها مُخَيَّرٌ

مطلب: جملة من لا يُحْبَسُ عشرة

[٢٦٤٧٣] (قوله: ومُعْسِرُ) أي: مَنْ ظَهَرَ إِعْسَارُهُ بعدَ حَبْسِهِ المدة التي يراها القاضي فلا يُحْبَسُ بعدها، وبهذا بَلَغَ عَدَدُ مَنْ لا يُحْبَسُ سبعة، أوَّلُها الصَّبِيُّ، وكُلُّها في النِّظَم، وقد عَدَّها في "البحر"^(٣) كذلك لكنّه أَسْقَطَ المُعْسِرَ، وذكرَ بذلك: ((العاقلة إن كان لهم عطاءٌ فلا يُحْبَسُونَ في دِيَّةٍ وأَرْشٍ ويُوَحَّدُ مِنَ العطاء، وإن لم يكن عطاءً يُحْبَسُونَ))، ثم قال^(٤): ((ويُزَادُ مسألَتان: لا يُحْبَسُ المديونُ إذا عَلِمَ القاضي أنَّ له مالاً غائباً، أو محبوساً مُوسِراً، فصارت تسعاً)) اهـ.
 قلتُ: وبالمُعْسِرِ صارت عشرةً.

[٢٦٤٧٤] (قوله: نَعَمْ إلخ) تقييدٌ لقوله: ((كَعَكْسٍ)).
 [٢٦٤٧٥] (قوله: إلّا فيما كان من جنسِ الكتابة) الأولى أن يقول: إن لم يكن من جنسِ الكتابة، فإنّه تقييدٌ أيضاً لقوله: ((كعكسٍ)) كما عَلِمَ من عبارة "البحر" المارّة أنفأ^(٥).
 [٢٦٤٧٦] (قوله: سيِّداً) مفعولٌ مقدَّمٌ على فاعله، وهو ((مُكَاتِبُهُ)).
 [٢٦٤٧٧] (قوله: والعبدُ فيها) أي: في الكتابة ((مُخَيَّرٌ)) لأنّها عقْدٌ غير لازمٍ في جانبهِ فله فسْخُها.

(قوله: الأولى أن يقول: إن لم يكن من جنسِ الكتابة إلخ) كلٌّ من العبارتين مُساويةٌ للأخرى كما هو ظاهرٌ، فلا أوَّلَوِيَّةٌ لإحداهما على الأخرى.

(١) "المنظومة الوهبانية": فصل من كتاب العتاق والمكاتب والولاء ص ٣١- (هامش "المنظومة المحيية").

(٢) البيت في "المنظومة الوهبانية": ((وي جنس غير))، وهو خطأ، وصوابه ما أُنشِئَته كما في مخطوطة "تفصيل عقد الفرائد": ق ١١٠/أ.

(٣) "البحر": كتاب القضاء - فصل في الحبس ٣١٥/٦.

(٤) المقولة [٢٦٤٧٣] قوله: ((ومُعْسِرُ)).

وفي حَجَرِهَا^(١)

وَيُحْبَسُ ذُو الْكُتُبِ الصَّاحِحُ الْمَحْرُورُ عَلَى الدِّينِ إِذْ بِالْكَتُبِ مَا هُوَ مُعْسِرُ

[٢٦٤٧٨] (قوله: المحرور) اسم فاعل، أي: الذي حرّر الكتب وصحّحها واحتاج إليها

لإعتماده عليها.

[٢٦٤٧٩] (قوله: إذ بالكُتب^(٢)) ما هو مُعْسِرُ) إذ قضاء الدين مُقَدَّمٌ عَلَى حاجته إليها، وإن

كان فقيراً في حقِّ أَخَذِ الصَّدَقَةِ وَعَدَمِ وجوبِ الزَّكَاةِ كما لو كان له قوتٌ شهرٍ، فإنه يُبَاغُ عليه وهو مُوسِرٌ، ولا يُبَاغُ عليه قوتٌ [٢٢٨/٣] يَوْمِهِ كما في "الْقَنِيَّة"^(٣)، واللَّهُ سُبْحَانَهُ أَعْلَمُ.

(١) "المنظومة الوهبانية": فصل من كتاب الحجر والإكراه ص ٧٩. (هامش "المنظومة المحببة").

(٢) في النسخ جميعها: ((إذ هو بالكُتب)) بزيادة ((هو))، وبه يُكَسَّرُ الوزن، وقد نُبِّهَ عليه مصحّحاً "ب" و"م".

(٣) "القنية": كتاب أدب القاضي - باب الحبس والإشهاد على الإفلاس ق ١٣٢/ب بتصرف، نقلاً عن "فتاوى العصر"

ورمز آخر لم يتبين لنا المراد منه.

﴿بَابُ التَّحْكِيمِ﴾

(هو) لُغَةً: جَعَلَ الْحُكْمَ فِي مَالِكَ^(١) لغيرِكَ. وعُرفاً: (تولية الخصمين حاكماً يحكمُ بينهما.....

﴿بَابُ التَّحْكِيمِ﴾

لَمَّا كَانَ مِنْ فُرُوعِ الْقَضَاءِ، وَكَانَ أَحْطَى رُتْبَةً مِنَ الْقَضَاءِ أُخَرَّةً، وَلِهَذَا قَالَ "أَبُو يُونُسَ": لَا يَحُوزُ تَعْلِيْقُهُ بِالشَّرْطِ وَإِضَافَتُهُ إِلَى وَقْتٍ، بِخِلَافِ الْقَضَاءِ؛ لِكُونِهِ صُلْحاً مِنْ وَجْهِ، "بَحْرٌ"^(٢).
 [٢٦٤٨٠] (قوله: هو لغة إلخ) في "الصَّحاح"^(٣): ((وَيُقَالُ: حَكَّمْتُهُ فِي مَالِي إِذَا جَعَلْتُ إِلَيْهِ الْحُكْمَ فِيهِ)) اهـ. وهذه العبارة لَا تَدُلُّ عَلَى أَنَّ التَّحْكِيمَ لُغَةٌ خَاصَّةٌ بِالْمَالِ خِلَافاً لِمَا تُؤْهِمُهُ عِبَارَةُ "الْشَّارِحُ"، وَلِذَا قَالَ فِي "المصباح"^(٤): ((حَكَّمْتُ الرَّجُلَ - بِالْتَّشْدِيدِ -: فَوَضَّعْتُ الْحُكْمَ إِلَيْهِ)).
 [٢٦٤٨١] (قوله: وعُرفاً: تولية الخصمين) أي: الفريقين المتخاصمين، فَيَشْمَلُ مَا لَوْ تَعَدَّدَ الْفَرِيقَانِ، وَلِذَا أُعِيدَ عَلَيْهِمَا ضَمِيرُ الْجَمَاعَةِ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿هَٰذَا خِصْمَانِ أَخْتَصِمُوا﴾ [الحج: ١٩]، وَفِي "المصباح"^(٥): ((الْخِصْمُ يَقَعُ عَلَى الْفَرْدِ وَغَيْرِهِ، وَالذِّكْرُ وَالْأُنْثَى بِلَفْظٍ وَاحِدٍ، وَفِي لُغَةٍ يُطَابِقُ فِي التَّثْنِيَةِ وَالْجَمْعِ، فَيُجْمَعُ عَلَى خُصُومٍ وَخِصَامٍ)) اهـ، فَافْهَمْ.
 [٢٦٤٨٢] (قوله: حاكماً) المرادُ بِهِ مَا يُعَمُّ الْوَاحِدَ وَالْمُتَعَدِّدَ.

﴿بَابُ التَّحْكِيمِ﴾

(قوله: خلافاً لما تؤهمُّه عبارة "الشارح" إلخ) الإيهامُ مُنْدَفِعٌ عَلَى جَعْلِ ((مَا)) مُوَصُولَةً كَمَا هُوَ مُقْتَضَى الرَّسْمِ، وَإِنَّمَا الْإِيهَامُ فِي عِبَارَةِ "الصَّحاح" حَسْبَمَا هُوَ مَرْسُومٌ.

(١) كَذَا فِي "د"، وَهِيَ نَسْخَةُ "الدر" الَّتِي اعْتَمَدَهَا ابْنُ عَابِدِينَ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي حَاشِيَتِهِ، وَعَلَيْهَا عَلَّقَ ابْنُ عَابِدِينَ بِقَوْلِهِ: «خِلَافاً لِمَا تُؤْهِمُهُ عِبَارَةُ "الشارح"»، وَفِي "ط" وَ"ب" وَ"و": «(فِيمَا لَكَ)»، وَعَلَى هَذَا الرَّسْمِ صَنَعَ الرَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَقْرِيرَهُ الْآتِي.

(٢) "البحر": كِتَابُ الْقَضَاءِ - بَابُ التَّحْكِيمِ ٢٤/٧.

(٣) "الصَّحاح": مَادَةٌ «(حَكَمَ)».

(٤) "المصباح": مَادَةٌ «(حَكَمَ)».

(٥) "المصباح": مَادَةٌ «(خَصِمَ)».

وركنه: لفظه الدال عليه مع قبول الآخر) ذلك، (وشرطه من جهة المحكم) بالكسر:

(تنبیه)

في "البحر"^(١) عن "البرازية"^(٢): ((قال بعض علمائنا: أكثر قضاة عهدنا في بلادنا مُصالحون؛ لأنهم تقلّدوا القضاء بالرّشوة، ويجوز أن يجعل حكماً^(٣) بترافع القضية. واعترض: بأنّ الرّفْع ليس على وجه التحكيم، بل على اعتقاد أنه ماضي الحكم، وحضور المدّعى عليه قد يكون بالإشخاص والجبر، فلا يكون حكماً، ألا ترى أن البيع قد ينعقد ابتداء بالتعاطي لكن إذا تقدّمه بيع باطل أو فاسد وترتب عليه التعاطي لا ينعقد البيع لكونه ترتب على سبب آخر؟ فكذا هنا، ولهذا قال السلف: القاضي النافذ حكمه أعز من الكبرى الأحمر)) اهـ. قال "ط"^(٤): ((وبعض الشافعية يعبر عنه بأنه قاضي ضرورة، إذ لا يوجد قاض فيما عيّمناه من البلاد إلا وهو راش ومُرْتَشٍ)) اهـ، وانظر ما قدّمناه^(٥) أوّل القضاء.

[٢٦٤٨٣] (قوله: وركنه: لفظه الخ) أي: ركن التحكيم (لفظه الدال عليه)، أي اللفظ الدال على التحكيم ك: احكم بيننا، أو جعلناك حكماً، أو حكمناك في كذا، فليس المراد خصوص لفظ التحكيم.

[٢٦٤٨٤] (قوله: مع قبول الآخر) أي: المحكم بالفتح، فلو لم يقبل لا يجوز حكمه إلا بتجديد التحكيم، "بحر"^(٦) عن "المحيط".

[٢٦٤٨٥] (قوله: من جهة المحكم) أي جنسه الصادق بالفريقين. وشمل ما لو كان أحدهما قاضياً كما في "القهستاني"^(٧).

(١) "البحر": كتاب القضاء - باب التحكيم ٢٥/٧ بتصرف.

(٢) "البرازية": كتاب أدب القاضي - الفصل الخامس في التحكيم ١٨١/٥ بتصرف.

(٣) في النسخ جميعها: ((حاكماً))، وما أتبعناه من "البرازية" و"البحر".

(٤) "ط": كتاب القضاء - باب التحكيم ٢٠٧/٣.

(٥) للمقولة [٢٥٩٩٦] قوله: ((لا ينفذ حكمه)).

(٦) "البحر": كتاب القضاء - باب التحكيم ٢٤/٧.

(٧) "جامع الرموز": كتاب القضاء ٢٣١/٢.

(العقل، لا الحرية والإسلام)، فصَحَّ تحكيمُ ذِمِّيٍّ ذِمِّيًّا. (و) شرطُهُ (من جهة المحكِّم) بالفتح: (صلاحيتُهُ للقضاء) كما مرَّ. (ويُشترطُ^(١) الأهلية) المذكورة.....

[٢٦٤٨٦] (قوله: لا الحرية) فتحكيمُ المكاتبِ والعبدِ المأذونِ صحيحٌ، "بحر"^(٢).

[٢٦٤٨٧] (قوله: فصَحَّ تحكيمُ ذِمِّيٍّ ذِمِّيًّا) لأنَّه أهلٌ للشَّهادةِ بينَ أهلِ الذِّمَّةِ دونَ المسلمين، ويكونُ تراضيهما عليه في حقِّهما كتقليدِ السُّلطانِ إِيَّاهُ، وتقليدُ الذِّمِّيِّ لِحَكَمِ بينَ أهلِ الذِّمَّةِ صحيحٌ لا بينَ المسلمين، وكذلك التَّحكيمُ، "هنديَّة"^(٣) عن "النَّهْاية"، "ط"^(٤). وفي "البحر"^(٥) عن "المحيط": ((فلو أسلَمَ أحدُ الخصَمَينِ قبلَ الحَكَمِ لم يَنفِذْ حَكَمُ الكافرِ على المسلمِ، وَيَنفِذُ للمسلمِ على الذِّمِّيِّ، وقيل: لا يجوزُ للمُسلمِ أيضًا)). وتحكيمُ المرتدِّ موقوفٌ عنده، فإنَّ حَكَمَ ثُمَّ قُتِلَ أو لَحِقَ بَطْلٌ، وإنَّ أسلَمَ نَفَذَ، وعندهما جائزٌ بكلِّ حالٍ.

[٢٦٤٨٨] (قوله: كما مرَّ أي: في البابِ السَّابِقِ في قوله: ((والمحكِّمُ كالقاضي^(٦))). وأفاد

جوازَ تحكيمِ المرأةِ والفاسقِ؛ لصلاحيتيهما للقضاءِ، والأوَّلَى أن لا يُحكَمَا فاسقًا، "بحر"^(٧).

(قوله: وتحكيمُ المرتدِّ) مِن إضافةِ المصدرِ لفاعِلِهِ لا لمفعولِهِ لعدمِ صحَّةِ جَعْلِهِ حَكَمًا لعدمِ أهليَّةِ الشَّهادةِ، قال في "الهنديَّة": ((مسلمٌ ومرتدٌّ حَكَمًا بينهما مرتدًّا، فحكَمَ بينهما ثُمَّ قُتِلَ المرتدُّ أو لَحِقَ بدارِ الحربِ لم يَحْزُ حَكْمُهُ عند "أبي حنيفة"، ولو أسلَمَ جازَ، وعندهما جازٌ بكلِّ حالٍ)).

(١) في "د" و"و": ((وتشترطُ)) بالمشاة الفوقية.

(٢) "البحر": كتاب القضاء - باب التحكيم ٢٤/٧.

(٣) "الفتاوى الهندية": كتاب أدب القاضي - الباب الرابع والعشرون في التحكيم ٣٩٧/٣ بتصرف.

(٤) "ط": كتاب القضاء - باب التحكيم ٢٠٧/٣ بتصرف.

(٥) "البحر": كتاب القضاء - باب التحكيم ٢٤/٧ - ٢٥.

(٦) ص ٥١٦ - "در".

(٧) "البحر": كتاب القضاء - باب التحكيم ٢٦/٧.

(وقته) أي: التحكيم (ووقت الحكم جميعاً، فلو حكماً عبداً فعتق، أو صبيّاً فبلغ، أو ذميّاً فأسلم ثمّ حكم لا ينفذ كما) هو الحكم (في مقلدٍ) بفتح اللام مُشدّدة، بخلاف الشهادة، وقدمنا أنه لو استقضى العبد ثمّ عتق فقضى صحّ، وعزاه "سعدي أفندي" ^(١) لـ "المبتغى".

[٢٦٤٨٩] (قوله: وقته ووقت الحكم جميعاً) وكذا فيما بينهما، بخلاف القاضي كما سيأتي في المسائل المخالفة، "بحر" ^(٢).
[٢٦٤٩٠] (قوله: فلو حكماً عبداً إلخ) ولو حكماً حرّاً وعبداً فحكم الحرّ وحده لم يجز، وكذا إذا حكم، "بحر" ^(٣) عن "المحيط".
[٢٦٤٩١] (قوله: في مقلدٍ) بفتح اللام مبني للمجهول، أي: فيمن قلده الإمام القضاء.

[٢٦٤٩٢] (قوله: بخلاف الشهادة) فإنّ اشتراط الأهلية فيها عند الأداء فقط، وأشار بهذا إلى فائدة قول "المصنّف": ((صلاحيته للقضاء))، حيث لم يقل: للشهادة.
[٢٦٤٩٣] (قوله: وقدمنا) [ب/٢٢٨٣/٣] أي: قبيل قوله ^(٤): ((وإذا رفع إليه حكم قاض)).

(قوله: وأشار بهذا إلى فائدة قول "المصنّف": صلاحيته للقضاء) ليس في كلامه هذه الإشارة؛ بل لو عبّر بالشهادة بدل القضاء لساوى عبارة "المصنّف"، فالتعبير بإحدى العبارتين مُساوٍ لتعبير بالأخرى كما هو ظاهر، تأمل.

(١) "الحراشي السعدية": كتاب أدب القاضي - باب التحكيم ٤٠٧/٦ (هامش "فتح القدير")، وفيه: ((المتقى)) بدل ((المبتغى)).

(٢) "البحر": كتاب القضاء - باب التحكيم ٢٥/٧.

(٣) "البحر": كتاب القضاء - باب التحكيم ٢٤/٧.

(٤) ص ٤١٣ - "در".

(حَكَمًا رَجُلًا) معلوماً؛ إذ لو حَكَمًا أَوَّلَ مَنْ يَدْخُلُ الْمَسْجِدَ لَمْ يَجْزُ^(١) إجماعاً؛ للجهالة، (فَحَكَمَ بَيْنَهُمَا بَيِّنَةٌ أَوْ إِقْرَارٌ أَوْ نُكُولٌ) وَرَضِيَا بِحُكْمِهِ

وأشار بهذا إلى أنَّ قوله: ((كما في مُقْلَدٍ)) ليس مُتَّفَقاً عليه، وقَدَّمنا^(٢) أَوَّلَ الْقَضَاءِ عِنْدَ قَوْلِهِ: ((وَأَهْلُهُ أَهْلُ الشَّهَادَةِ)) أنَّ فِيهِ رَوَاتَيْنِ، وَأَنَّهُ فِي "الْوَقَاعَاتِ الْحَسَامِيَّةِ" قَالَ: ((الْفَتَوَى عَلَى أَنَّهُ لَا يَنْعَزِلُ بِالرَّدَّةِ؛ لِأَنَّ الْكَفَرَ لَا يُنَافِي ابْتِدَاءَ الْقَضَاءِ فِي إِحْدَى الرَّوَاتَيْنِ))، وَأَنَّ هَذَا يُؤَيِّدُ رَوَايَةَ صَحَّةِ تَوَلِيَةِ الْكَافِرِ وَالْعَبْدِ وَصَحَّةِ حُكْمِهِمَا بَعْدَ الْإِسْلَامِ وَالْعِتْقِ بِلا تَجْدِيدِ تَوَلِيَةٍ، وَبِهِ جَزَمَ فِي "الْبَحْرِ"^(٣)، وَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ فِي "الْفَتْحِ"^(٤) خِلَافاً لِمَا مَشَى عَلَيْهِ "الْمُصَنَّفُ" هُنَا، وَأَنَّ هَذَا بِخِلَافِ الصَّبِيِّ إِذَا بَلَغَ، فَإِنَّهُ لَا بَدَّ مِنْ تَجْدِيدِ تَوَلِيَّتِهِ، وَقَدَّمنا^(٥) وَجْهَ الْفَرَقِ هُنَاكَ، فَافْهَمْ. وَهَلْ تَجْرِي هَذِهِ الرِّوَايَةُ فِي الْمُحَكَّمِ؟ لَمْ أَرَهُ، وَالظَّاهِرُ: لَا.

مطلب: حَكَمَ بَيْنَهُمَا قَبْلَ تَحْكِيمِهِ ثُمَّ أَجَازَهُ جَازَ

[٢٦٤٩٤] (قَوْلُهُ) وَرَضِيَا بِحُكْمِهِ أَي: إِلَى أَنَّ حَكَمَ، كَذَا فِي "الْفَتْحِ"^(٦)، فَأَفَادَ أَنَّهُ احْتِرَازٌ عَمَّا لَوْ رَجَعَا عَنْ تَحْكِيمِهِ قَبْلَ الْحُكْمِ، أَوْ عَمَّا لَوْ رَضِيَ أَحَدُهُمَا فَقَطْ، لَكِنْ كَانَ الْأَوَّلَى ذِكْرُهُ قَبْلَ قَوْلِهِ: ((فَحَكَمَ))؛ لِئَلَّا يُوهِمَ اشْتِرَاطُ الرِّضَا بَعْدَ الْحُكْمِ، مَعَ أَنَّهُ إِذَا حَكَمَ لَزِمَهُمَا حُكْمُهُ كَمَا فِي "الْكُتُبِ"^(٧)

(قَوْلُهُ: وَأَنَّ هَذَا يُؤَيِّدُ رَوَايَةَ^(٨) صَحَّةِ تَوَلِيَةِ الْكَافِرِ وَالْعَبْدِ إلخ) تَقَدَّمَ فِي أَوَّلِ الْقَضَاءِ مَا يُفِيدُ أَنَّ مَا ذَكَرَهُ لَا يُفِيدُ تَصْحِيحَ رَوَايَةِ تَوَلِيَةِ الْكَافِرِ لِلْفَرَقِ بَيْنَ حَالَتِي الْإِبْتِدَاءِ وَالْبَقَاءِ.

(١) فِي "و": ((لَمْ يَجْزِ)) بِالرَّاءِ الْمُهْمَلَةِ، وَهُوَ خَطَأٌ.

(٢) الْمَقُولَةُ [٢٥٩٣٤] قَوْلُهُ: ((وَأَهْلُهُ أَهْلُ الشَّهَادَةِ)).

(٣) "الْبَحْرِ": كِتَابُ الْقَضَاءِ ٢٨٢/٦ - ٢٨٣، مَعْرِياً إِلَى "الْأَجْنَاسِ".

(٤) "الْفَتْحُ": كِتَابُ آدَبِ الْقَاضِي ٣٠٧/٦.

(٥) الْمَقُولَةُ [٢٥٩٣٤] قَوْلُهُ: ((وَأَهْلُهُ أَهْلُ الشَّهَادَةِ)).

(٦) "الْفَتْحُ": كِتَابُ آدَبِ الْقَاضِي - بَابُ التَّحْكِيمِ ٤٠٦/٦.

(٧) انْظُرْ "شَرْحَ الْعَيْنِيِّ عَلَى الْكُتُبِ": كِتَابُ الْقَضَاءِ - بَابُ التَّحْكِيمِ ٩٢/٢.

(٨) ((رَوَايَةُ)) سَاقِطَةٌ مِنْ مَطْبُوعَةِ "التَّقْرِيرَاتِ" الَّتِي يَنْ أَيْدِيهَا.

(صَحَّ لَوْ فِي غَيْرِ حَدٍّ وَقَوْدٍ.....)

وغيره، ويأتي متناً^(١)، أو يذكُرُهُ هنا^(٢) بـ ((أو)) لِيَدْخُلَ ما لو حَكَمَ بينهما قبلَ تحكيمِهِ، ثمَّ قالَا: رَضِينَا بِحُكْمِهِ وَأَجَزْنَاهُ، فَإِنَّهُ جَائِزٌ كَمَا نَقَلَهُ "ط"^(٣) عن "الهندية"^(٤).

[٢٦٤٩٥] (قوله: صَحَّ لَوْ فِي غَيْرِ حَدٍّ وَقَوْدٍ إلخ) شَمِلَ سَائِرَ الْمُجْتَهِدَاتِ مِنْ حُقُوقِ الْعِبَادِ كَمَا ذَكَرَهُ بَعْدُ^(٥)، وَمَا ذَكَرَهُ مِنْ مَنَعِهِ فِي الْقِصَاصِ تَبَعاً لـ "الكنز"^(٦) وغيره هو قولُ "الخصَّاف"^(٧)، وَهُوَ الصَّحِيحُ كَمَا فِي "الفتح"^(٨)، وَمَا فِي "المحيط" مِنْ جَوَازِهِ^(٩) فِيهِ؛ لِأَنَّهُ مِنْ حُقُوقِ الْعِبَادِ ضَعِيفٌ رِوَايَةً وَدِرَايَةً؛ لِأَنَّ فِيهِ حَقَّ اللَّهِ تَعَالَى أَيْضاً وَإِنْ كَانَ الْغَالِبُ حَقَّ الْعَبْدِ، وَكَذَا مَا اخْتَارَهُ "السَّرْحُ" ^(١٠) مِنْ جَوَازِهِ فِي حَدٍّ^(١١) الْقَذْفِ ضَعِيفٌ بِالْأَوَّلَى؛ لِأَنَّ الْغَالِبَ فِيهِ حَقَّ اللَّهِ تَعَالَى عَلَى الْأَصَحِّ، "بِحَرْ" ^(١٢).

(قوله: أو يذكُرُهُ هناك) لَعَلَّ الْأَنْسَبَ إِسْقَاطُ الْكَافِ مِنْ لَفْظِ ((هناك)).

(١) ص ٥٣٩ - "در".

(٢) فِي "د" و "و" و "ب": ((هناك))، وَمَا أَثْبَتْنَاهُ مِنْ "م" هُوَ الصَّوَابُ، وَانْظُرْ تَقْرِيرَ الرَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ.

(٣) "ط": كِتَابُ الْقَضَاءِ - بَابُ التَّحْكِيمِ ٢٠٧/٣.

(٤) "الفتاوى الهندية": كِتَابُ أَدَبِ الْقَاضِي - الْبَابُ الرَّابِعُ وَالْعِشْرُونَ فِي التَّحْكِيمِ ٤٠٠/٣.

(٥) ص ٥٣٩ - "در".

(٦) انْظُرْ "شرح العيني على الكنز": كِتَابُ الْقَضَاءِ - بَابُ التَّحْكِيمِ ٩٢/٢.

(٧) انْظُرْ "شرح أَدَبِ الْقَاضِي" لِلْمُصَدِّقِ الشَّهِيدِ: الْبَابُ السَّادِسُ وَالسَّبْعُونَ فِي الْخَصْمَيْنِ يُحْكَمَانِ بَيْنَهُمَا حُكْماً - التَّحْكِيمُ فِي الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ ٦٣/٤.

(٨) "الفتح": كِتَابُ أَدَبِ الْقَاضِي - بَابُ التَّحْكِيمِ ٤٠٨/٦.

(٩) فِي "الأصل": ((جواز)).

(١٠) أَيِ فِي شَرْحِهِ عَلَى "أَدَبِ الْقَاضِي" لِلْخَصَّافِ، كَمَا صَرَّحَ بِهِ الْكَمَالُ فِي "الفتح" ٤٠٨/٦، وَالْعَيْنِيُّ فِي "شرح الكنز" ٩٢/٢.

(١١) فِي "ب" و "م": ((حَقٍّ)) بِدَلِّ ((حَدٍّ)).

(١٢) "البحر": كِتَابُ الْقَضَاءِ - بَابُ التَّحْكِيمِ ٢٦/٧.

وَدِيَّةٍ عَلَى عَاقِلَةٍ. الْأَصْلُ: أَنَّ حُكْمَ الْمُحْكَمِ بِمَنْزِلَةِ الصُّلْحِ، وَهَذِهِ لَا تَحْجُزُ بِالصُّلْحِ، فَلَا تَحْجُزُ بِالتَّحْكِيمِ. (وَيَنْفَرِدُ أَحَدُهُمَا بِنَقْضِهِ) أَيِ: التَّحْكِيمِ بَعْدَ وَقُوعِهِ (كَمَا) يَنْفَرِدُ أَحَدُ الْعَاقِلَيْنِ (فِي مُضَارَبَةٍ وَشُرْكََةٍ وَوَكَالَةٍ)

[٢٦٤٩٦] (قَوْلُهُ: وَدِيَّةٌ عَلَى عَاقِلَةٍ) حَرَجَ مَا لَوْ كَانَتْ عَلَى الْقَاتِلِ، بِأَنَّ ثَبْتَ الْقَتْلِ بِإِقْرَارِهِ، أَوْ ثَبَّتْ جِرَاحَةً بَيِّنَةً وَأَرَشُّهَا أَقْلٌ مَّا تَحْمِلُهُ الْعَاقِلَةُ، خَطَأً كَانَتْ الْجِرَاحَةُ أَوْ عَمْدًا، أَوْ كَانَتْ قَدَرًا مَا تَحْمِلُهُ وَلَكِنْ كَانَتْ الْجِرَاحَةُ عَمْدًا لَا تَوْجِبُ الْقِصَاصَ، فَيَنْفَعُ حُكْمُهُ، وَتَمَامُهُ فِي "الْبَحْرِ"^(١).

[٢٦٤٩٧] (قَوْلُهُ: بِمَنْزِلَةِ الصُّلْحِ) لِأَنَّهُمَا تَوَافَقَا عَلَى الرِّضَا بِمَا يَحْكُمُ بِهِ عَلَيْهِمَا.

[٢٦٤٩٨] (قَوْلُهُ: وَهَذِهِ لَا تَحْجُزُ بِالصُّلْحِ) اعْتَرَضَ بِأَنَّهُ سَيَأْتِي^(٢) فِي الصُّلْحِ جَوَازُهُ فِي كُلِّ حَقٍّ يَحْجُزُ الْإِعْتِيَاذُ عَنْهُ - وَمِنْهُ الْقِصَاصُ - لَا فِيمَا لَا يَحْجُزُ وَمِنْهُ الْخُدُودُ.

أَقُولُ: مَنْشَأُ الْإِعْتِرَاضِ عَدَمُ فَهْمِ الْمُرَادِ، فَإِنَّ الْمُرَادَ أَنَّ هَذِهِ الثَّلَاثَةَ لَا تَثْبُتُ بِالصُّلْحِ، أَيِ: بِأَنَّ اصْطِلَاحًا عَلَى لُزُومِ الْحَدِّ أَوْ لُزُومِ الْقِصَاصِ إِخْ، وَمَا سَيَأْتِي^(٣) فِي الصُّلْحِ مَعْنَاهُ أَنَّهُ يَحْجُزُ الصُّلْحُ عَنِ الْقِصَاصِ بِمَالٍ؛ لِأَنَّهُ يَحْجُزُ الْإِعْتِيَاذُ عَنْهُ بِخِلَافِ الْحَدِّ، فَالْقِصَاصُ هُنَا مُصَالِحٌ عَنْهُ، وَفِي الْأَوَّلِ مُصَالِحٌ عَلَيْهِ، وَالْفَرْقُ ظَاهِرٌ كَمَا لَا يَخْفَى.

[٢٦٤٩٩] (قَوْلُهُ: بَعْدَ وَقُوعِهِ) الْأَوَّلَى أَنَّ يُبْدِلُهُ بِقَوْلِهِ: ((قَبْلَ الْحُكْمِ)).

[٢٦٥٠٠] (قَوْلُهُ: كَمَا يَنْفَرِدُ أَحَدُ الْعَاقِلَيْنِ (إِخْ) أَيِ بِنَقْضِ الْعَقْدِ وَقَسْخِهِ إِذَا عَلِمَ الْآخَرُ وَلَوْ بِكَتَابَةٍ أَوْ رَسُولٍ عَلَى تَفْصِيلٍ مَرَّ^(٤) فِي الشَّرْكَةِ، وَيَأْتِي فِي الْوَكَالَةِ^(٥) وَالْمُضَارَبَةِ^(٦) إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

٣٤٨/٤

(١) انظر "البحر": كتاب القضاء - باب التحكيم ٢٦/٧، وفيه: ((تحمله)) بدل ((تحمله))، و((نفذ)) بدل ((فينفذ)).

(٢) انظر "الدر" عند المقولة [٢٨٤١٥] قوله: ((إِلَى قَبْضِهِ)).

(٣) ٣٤٢/١٣ وما بعدها "در".

(٤) انظر "الدر" عند المقولة [٢٧٥٥٢] قوله: ((بَعْزِلِهِ)).

(٥) انظر "الدر" عند المقولة [٢٨٧١١] قوله: ((وَلَوْ حُكْمًا)).

بلا التماس طالب (فإن حَكَمَ لَزِمَهُمَا) ولا يَبْطُلُ حُكْمُهُ بَعْزَلَهُمَا؛ لَصُدُورِهِ عَنْ وِلَايَةِ شَرْعِيَّةٍ، وَ(لَا) يَتَعَدَّى حُكْمُهُ إِلَى (غَيْرِهِمَا) إِلَّا فِي مَسْأَلَةٍ مَا لَوْ حَكَمَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ وَغَيْرِمَا لَهُ رَجُلًا، فَحُكْمَ بَيْنَهُمَا وَالزَّمَّ الشَّرِيكَ تَعَدَّى لِلشَّرِيكِ الْغَائِبِ؛ لِأَنَّ حُكْمَهُ كَالصُّلْحِ، "بجر" (١). (فَلَوْ حَكَمَاهُ فِي عَيْبٍ مَبِيعٍ) (٢)، فَقَضَى بَرْدَهُ لَيْسَ لِلْبَائِعِ رَدُّهُ عَلَى بَائِعِهِ إِلَّا بِرِضَا الْبَائِعِ الْأَوَّلِ وَالثَّانِي (وَالْمُشْتَرِي) بِتَحْكِيمِهِ، "فتح" (٣). ثُمَّ اسْتِثْنَاءُ الثَّلَاثَةِ (٤) يُعِيدُ صِحَّةَ التَّحْكِيمِ فِي كُلِّ الْمُجْتَهِدَاتِ

[٢٦٥٠١] (قَوْلُهُ: بَلَا التَّمَاَسِ طَالِبٍ) يَعْنِي: أَنَّ الْمُوَكَّلَ يَنْفَرِدُ بِعَزْلِ الْوَكِيلِ مَا لَمْ يَتَعَلَّقْ بِالتَّوَكِيلِ حَقُّ الْمُدَّعِي، كَمَا لَوْ أَرَادَ خَصَمُهُ السَّفَرَ، فَطَلَبَ مِنْهُ أَنْ يُوَكَّلَ وَكِيلاً بِالْخُصُومَةِ، فَلَيْسَ لَهُ عَزْلُهُ كَمَا سَيَأْتِي (٥) فِي بَابِهِ.

[٢٦٥٠٢] (قَوْلُهُ: وَغَيْرِمَا لَهُ) مَنْصُوبٌ عَلَى أَنَّهُ مَفْعُولٌ مَعَهُ.

[٢٦٥٠٣] (قَوْلُهُ: لِأَنَّ حُكْمَهُ كَالصُّلْحِ) وَالصُّلْحُ مِنْ صَيِّعِ التَّجَارِ، فَكَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الشَّرِيكَيْنِ رَاضِيًا بِالصُّلْحِ وَمَا فِي مَعْنَاهُ، "بجر" (٦).

[٢٦٥٠٤] (قَوْلُهُ: بِتَحْكِيمِهِ) مُتَعَلِّقٌ بِـ ((رِضَا)).

[٢٦٥٠٥] (قَوْلُهُ: ثُمَّ اسْتِثْنَاءُ الثَّلَاثَةِ) أَي: الْحَدِّ وَالْقَوْدِ وَالذِّيَّةِ عَلَى الْعَاقِلَةِ، وَكَانَ الْأَوَّلَى ذَكَرَ هَذَا عَقِبَهَا.

[٢٦٥٠٦] (قَوْلُهُ: فِي كُلِّ الْمُجْتَهِدَاتِ) أَي: الْمَسَائِلِ الَّتِي يَسُوءُ فِيهَا الْاجْتِهَادُ مِنْ حُقُوقِ الْعِبَادِ كَالطَّلَاقِ، وَالْعِتَاقِ، وَالْكِتَابَةِ، وَالْكَفَالَةِ، وَالشُّفْعَةِ، وَالنَّفَقَةِ، وَالذِّيُونَ، وَالْيُيُوعِ، بِخِلَافِ مَا خَالَفَ كِتَابًا أَوْ سُنَّةً أَوْ إجماعاً (٧).

(١) "البحر": كتاب القضاء - باب التحكيم ٢٨/٧ بتصرف.

(٢) فِي "د": ((بِيع)).

(٣) "الفتح": كتاب أدب القاضي - باب التحكيم ٤٠٧/٦ بتصرف.

(٤) فِي "د" وَ"و": ((الثَّلَاث)).

(٥) الْمَقُولَةُ [٢٧٥٤٥] قَوْلُهُ: ((كَوَكَّلِ خُصُومَةً)). ٤١٦/٤ بولاق.

(٦) "البحر": كتاب القضاء - باب التحكيم ٢٨/٧ بتصرف.

(٧) فِي "م": ((وِإِجماعاً)) بِالْوَاوِ.

كحُكْمِهِ بِكَوْنِ الْكِنَايَاتِ رَوَاجِعَ، وَفَسَخِ الْيَمِينِ الْمُضَافَةِ إِلَى الْمَلِكِ وَغَيْرِ ذَلِكَ، لَكِنْ هَذَا مِمَّا يُعْلَمُ وَيُكْتَمُ، وَظَاهِرُ "الْهِدَايَةِ": ((أَنَّهُ يُجِيبُ بِ: لَا يَحِلُّ))، فَتَأْمَلُ.....

[٢٦٥٠٧] (قوله: كحُكْمِهِ بِكَوْنِ الْكِنَايَاتِ رَوَاجِعَ إلخ) قال "الصَّدْرُ الشَّهِيدُ" في "شرح أدب الفتوى وقالوا: يُحْتَاجُ إِلَى حُكْمِ الْحَاكِمِ كَمَا فِي الْخُدُودِ وَالْقِصَاصِ كَيْلًا يَتَجَاسَرُ الْعَوَامُ فِيهِ)) اهـ. قال في "الفتح" (١): ((وفي "الفتاوى الصغرى": حُكْمُ الْمُحْكَمِ فِي الطَّلَاقِ الْمُضَافِ يَنْفُذُ، لَكِنْ لَا يُقْتَى بِهِ. وَفِيهَا: رُويَ عَنْ أَصْحَابِنَا مَا هُوَ أَوْسَعُ مِنْ هَذَا، وَهُوَ أَنَّ صَاحِبَ الْحَادِثَةِ لَوْ اسْتَفْتَى فُقِيهًا عَدْلًا فَأَفْتَاهُ^(٢) يُبْطَلَانِ الْيَمِينِ وَسَعَهُ اتِّبَاعُ فَتَوَاهُ وَإِمْسَاكُ الْمَرْأَةِ الْمَحْلُوفِ بِطَلَاقِهَا، وَرُويَ عَنْهُمْ مَا هُوَ أَوْسَعُ، وَهُوَ: إِنْ تَزَوَّجَ أُخْرَى وَكَانَ حَلْفٌ بِطَلَاقِ كُلِّ امْرَأَةٍ يَتَزَوَّجُهَا، فَاسْتَفْتَى فُقِيهًا آخَرَ، فَأَفْتَاهُ بِصِحَّةِ الْيَمِينِ فَإِنَّهُ يُفَارِقُ الْأُخْرَى وَيُمْسِكُ الْأُولَى عَمَلًا بِفَتْوَاهُمَا)) اهـ.

[٢٦٥٠٨] (قوله: وَغَيْرِ ذَلِكَ) كما إذا مَسَّ صِهْرُهُ بِشَهْوَةٍ وَانْتَشَرَ لَهَا، فَحُكْمُ الزَّوْجَانِ حَكْمًا لِحُكْمِ لِهَمَا بِالْجُلِّ عَلَى مَذْهَبِ "الشَّافِعِيِّ"^(٤) فَالْأَصَحُّ هُوَ النَّفَازُ إِنْ كَانَ الْمُحْكَمُ يَرَاهُ، وَإِلَّا فَالصَّحِيحُ عَدَمُهُ، أَفَادَهُ فِي "الْبَحْرِ"^(٥) عَنْ "الْقَنِيَةِ"^(٦).

[٢٦٥٠٩] (قوله: وَظَاهِرُ "الْهِدَايَةِ" إلخ) حيث قال (٧): ((قالوا: وَتَحْصِيصُ الْخُدُودِ وَالْقِصَاصِ يَدُلُّ عَلَى جَوَازِ التَّحْكِيمِ فِي سَائِرِ الْمُجْتَهِدَاتِ، وَهُوَ الصَّحِيحُ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يُقْتَى بِهِ، وَيَقَالُ: يُحْتَاجُ

(١) "شرح أدب القاضي" للصدر الشهيد: الباب السادس والسبعون في الخصمين بمحْكَمَانِ بَيْنَهُمَا حُكْمًا - التحكيم في الخُدُودِ والقصاص ٦٣/٤ - ٦٤.

(٢) "الفتح": كتاب أدب القاضي - باب التحكيم ٤٠٩/٦ باختصار.

(٣) في "م": ((فإفتاءه))، وهو خطأ.

(٤) انظر "نهاية المحتاج": كتاب النكاح - باب ما يجرى من النكاح ٢٧٥/٦.

(٥) "البحر": كتاب القضاء - باب التحكيم ٢٦/٧ بتصرف.

(٦) "القنية": كتاب القضاء - باب التحكيم ق ١٣٤/١، نقلًا عن القاضي عبد الجبار، وعلاء الدين التاجري.

(٧) "الهداية": كتاب أدب القاضي - باب التحكيم ١٠٨/٣ بتصرف.

إلى حُكْمِ الْمُؤَلَّى دَفْعاً لَتَجَاسَّرَ الْعَوَامُّ)) اهـ، أي: تَجَاسَّرَهم على هَذَا المذهب، "فتح"^(١). ومثْلُ عبارة "الهداية" عبارة "شرح أدب القضاء" المارَّةُ آنفاً^(٢)، وتقدَّم^(٣) فيها: ((أَنَّ الصَّحِيحَ صَحَّةُ التَّحْكِيمِ، وَأَنَّهُ الظَّاهِرُ عَنْ أَصْحَابِنَا))، وكأنَّ ما هنا ترجيحٌ للقولِ الآخرِ المُقَابِلِ للصَّحِيحِ، والمُتبادِرُ من عبارة "الهداية" أَنَّهُ لَا يُفْتَى بِجَوَازِهِ فِي سَائِرِ الْمُجْتَهِدَاتِ، لَكِنْ ذَكَرَ فِي "البحر"^(٤) عَنْ "الولوالجية"^(٥) وَ"الفتنة"^(٦) مَا هُوَ كَالصَّرِيحِ فِي أَنَّ ذَلِكَ فِي الْيَمِينِ الْمُضَافَةِ وَنَحْوِهَا.

وَنَحْوُهُ مَا قَدْ مَنَاهُ آنفاً^(٧) عَنْ "الفتح" عَنْ "الفتاوى الصُّغْرَى"، وَيَأْتِي^(٨) التَّصْرِيحُ بِهِ فِي الْمَخَالَفَاتِ، وَلَكِنْ يُتَأَمَّلُ فِي وَجْهِ الْمَنْعِ مِنْ عَدَمِ الْإِفْتَاءِ بِهِ، وَالتَّعْيِيلُ بِأَنَّ لَا يَتَجَاسَّرَ الْعَوَامُّ عَلَى هَذَا الْمَذْهَبِ لَا يَظْهَرُ فِي خُصُوصِ الْيَمِينِ الْمُضَافَةِ وَنَحْوِهَا. ثُمَّ رَأَيْتُ "المُقدِّسِي" تَوَقَّفَ فِي ذَلِكَ أَيْضاً، وَأَجَابَ بِمَا حَاصِلُهُ: ((أَنَّهُمْ مَنَعُوا مِنْ تَوَلِيَةِ الْقَضَاءِ لِغَيْرِ الْأَهْلِ لِئَلَّا يُحْكَمَ بِغَيْرِ الْحَقِّ، وَكَذَلِكَ مَنَعُوا مِنَ التَّحْكِيمِ هُنَا لِئَلَّا يَتَجَاسَّرَ الْعَوَامُّ عَلَى الْحُكْمِ بِغَيْرِ عِلْمٍ)).

قُلْتُ: هَذَا يَفِيدُ مَنَعَ التَّحْكِيمِ مُطْلَقاً إِلَّا لِعَالِمٍ، وَالْأَحْسَنُ فِي الْجَوَابِ أَنْ يُقَالَ: إِنَّ الْحَالِفَ فِي الْيَمِينِ الْمُضَافَةِ إِذَا كَانَ يَتَعَقَّدُ صَحَّتَهَا يَلْزَمُهُ الْعَمَلُ بِمَا يَتَعَقَّدُهُ، فَإِذَا حَكَمَ بِعَدَمِ صَحَّتِهَا حَاكَمَ

(قَوْلُهُ: وَالْأَحْسَنُ فِي الْجَوَابِ أَنْ يُقَالَ: إِنَّ الْحَالِفَ فِي الْيَمِينِ الْمُضَافَةِ (إِلَخ) فِيهِ نَظَرٌ، فَإِنَّ مُقْتَضَى هَذَا الْوَجْهَ أَنَّ التَّحْكِيمَ لَا يَصِحُّ فِي كُلِّ شَيْءٍ؛ لِعَدَمِ إِفَادَتِهِ شَيْئاً فِي مُعْتَدِهِ، وَأَيْضاً لَا يَظْهَرُ مَا قَالَهُ إِلَّا فِيمَنْ لَهُ رَأْيٌ لَا فِي الْعَامِّيِّ، وَإِذَا كَانَ الشَّخْصُ مُقْلِداً لـ "أبي حنيفة" كَيْفَ يَحْرُمُ عَلَيْهِ الْعَمَلُ بِمَا حَكَمَ بِهِ الْمُحْكَمُ؟!)

(١) "الفتح": كتاب أدب القاضي - باب التحكيم ٤٠٩/٦.

(٢) المقولة [٢٦٥٠٧] قوله: ((كُحِّمُوا بِكُونِ الْكُتَابَاتِ رَوَاجِعَ (إِلَخ)).

(٣) "البحر": كتاب القضاء - باب التحكيم ٢٦/٧.

(٤) "الولوالجية": كتاب القضاء - الفصل الرابع فيما تسمع فيه الدعوى وفيما لا تسمع (إِلَخ) ٧٠/٤.

(٥) "الفتنة": كتاب أدب القاضي - باب التحكيم ١٣٤/١ بتصرف، نقلاً عن "النوازل" للسمرقندي.

(٦) المقولة [٢٦٥٠٧] قوله: ((كُحِّمُوا بِكُونِ الْكُتَابَاتِ رَوَاجِعَ (إِلَخ)).

(٧) المقولة [٢٦٥٢١] قوله: ((عَدَّ مِنْهَا فِي "البحر" سَبْعَ عَشْرَةَ)).

(وصَحَّ إخبارُهُ بإقرارِ أحدِ الخصَمَينِ وبعدالةِ الشَّاهدِ حالَ ولايتهِ) أي: بقاءِ تحكيمهما^(١)،

مُوَلَّى مِنَ السُّلْطَانِ لَزِمَهُ اتِّبَاعُ رَأْيِ^(٢) الْحَاكِمِ، وَارْتَفَعَ بِحُكْمِهِ الْخِلَافُ، أَمَّا إِذَا حَكَّمَ رَجُلًا فَلَا يُفِيدُهُ شَيْئًا سِوَى هَذِهِ مَذْهَبِهِ؛ لِأَنَّ حُكْمَ الْمُحَكَّمِ بِمَنْزِلَةِ الصُّلْحِ لَا يَرْفَعُ خِلَافًا، وَلَا يُطِيلُ الْعَمَلَ. بَلَى كَانَ الْحَالِفُ يَعْتَقِدُهُ، فَبِذَا قَالُوا: لَا يُفْتَى بِهِ وَلَا بَدُّ مِنْ حُكْمِ الْمُوَلَّى، هَذَا مَا ظَهَرَ لِي، وَاللَّهُ سَبْحَانَهُ أَعْلَمُ.

(تنبيه)

سَيَأْتِي^(٣) فِي الْمَخَالَفَاتِ: أَنَّهُ لَا يَصَحُّ حُكْمُهُ بِمَا فِيهِ ضَرَرٌ عَلَى الصَّغِيرِ، بِخِلَافِ الْقَاضِي. [٢٦٥١٠] (قَوْلُهُ: وَصَحَّ إخبارُهُ إلخ) أي: إِذَا قَالَ لِأَحَدِهِمَا: أَقَرَّرْتَ عِنْدِي أَوْ: قَامَتْ عِنْدِي بَيِّنَةٌ عَلَيْكَ لِهَذَا فَعُدُّوْا عِنْدِي، وَقَدْ أَلْزَمْتُكَ بِذَلِكَ وَحَكَمْتُ لِهَذَا، فَأَنْكَرَ الْمُقْضِي عَلَيْهِ لَا يُلْتَفَتُ إِلَى إِنْكَارِهِ، وَمَضَى الْقَضَاءُ عَلَيْهِ مَا دَامَ الْمَجْلِسُ بَاقِيًا؛ لِأَنَّ الْمُحَكَّمَ^(٤) مَا دَامَ تَحْكِيمُهُمَا قَائِمًا كَالْقَاضِي الْمَقْلُدِ، إِلَّا أَنْ يُخْرِجَهُ الْمُخَاطَبُ عَنِ الْحُكْمِ وَيَعَزْلَهُ قَبْلَ أَنْ يَقُولَ: حَكَمْتُ عَلَيْكَ، أَوْ قَالَهُ بَعْدَ الْمَجْلِسِ؛ لِأَنَّهُ بِالْقِيَامِ مِنْهُ يَنْعَزَلُ كَمَا يَنْعَزَلُ أَحَدُهُمَا قَبْلَ الْحُكْمِ، فَصَارَ كَالْقَاضِي إِذَا قَالَ بَعْدَ الْعَزْلِ: قَضَيْتُ بِكَذَا لَا يُصَدَّقُ، "الفتح"^(٥).

وَالْأَمْتَنُ تَقْلِيدُ غَيْرِ إِمَامِهِ، وَالْأَوْجَهُ أَنْ يُقَالَ فِي تَوْجِيهِ هَذِهِ الرَّوَايَةِ: إِنَّ التَّحْكِيمَ فِي الْيَمِينِ وَنَحْوِهَا رَاجِعٌ لِحَقْوَقِهِ تَعَالَى، إِذْ مُرَاجَعَتُهَا الْحَرَمَةُ، وَهِيَ مِنْ حَقْوَقِهِ، فَفِيهِ إِطْلَاقٌ، وَلَا وَلَايَةٌ لِهَمَا عَلَيْهِ تَعَالَى، فَلِذَا مُنِعَ عَنْهُ، وَاجْتِنَابُ الْأَمْرِ لِحُكْمِ الْمُوَلَّى، تَأَمَّلْ. وَتَقَدَّمَ لَهُ عَنِ "الْوَلَوَالِجِيَّةِ": ((أَنَّ الْمُحَكَّمِ عَلَيْهِ يُتَّبَعُ رَأْيُ الْقَاضِي إِجْمَاعًا، وَأَنَّ الْمُحَكَّمِ لَهُ يُتَّبَعُ رَأْيُ الْقَاضِي عِنْدَ "عَمَّادٍ"، وَهَذَا كُلُّهُ إِذَا كَانَ الزَّوْجُ لَهُ رَأْيٌ وَاجْتِهَادٌ، فَلَوْ عَامًّا اتَّبَعَ رَأْيُ الْقَاضِي سِوَا حُكْمٍ أَوْ عَلَيْهِ، وَالْمُرَادُ بِالْعَامِّيِّ غَيْرِ الْمُجْتَهِدِ، فَيَشْمَلُ الْعَالِمَ وَالْجَاهِلَ، وَالْوَجْهُ قَوْلُ "عَمَّادٍ").

(١) فِي "ط": ((تَحْكِيمُهُ)) وَفِي "و": ((تَحْكِيمُهُمَا)).

(٢) فِي "الْأَصْل": ((رَأْيِ اتِّبَاعٍ)).

(٣) الْمَقُولَةُ [٢٦٥٢١] قَوْلُهُ: ((عَدَّ مِنْهَا فِي "الْبَحْرِ" سَبْعَ عَشْرَةَ)).

(٤) فِي مَطْبُوعَةِ "الْفَتْحِ": ((الْحُكْمِ)).

(٥) "الْفَتْحِ": كِتَابُ أَدَبِ الْقَاضِي - بَابُ التَّحْكِيمِ ٤١٠/٦ بِتَصْرِيفٍ.

(لا) يصحُّ (إخبارُهُ بِحُكْمِهِ)؛ لانقضاءِ ولايته. (ولا يصحُّ حُكْمُهُ لأبويه وولديه وزوجته) كحُكْمِ القاضي، (بخلافِ حُكْمِهِمَا) أي: القاضي والمُحكَّم (عليهم) حيث يصحُّ كالشَّهادة. (حَكَّمَا رجلين فلا بدَّ من اجتماعيهما) على المحكوم به. (وَيُضَيِّ) القاضي (حُكْمُهُ إِنْ وُفِّقَ مَذْهَبُهُ، وَإِلَّا أَبْطَلَهُ)؛ لِأَنَّ حُكْمَهُ لَا يَرْفَعُ خِلَافًا.

[٢٦٥١١] (قوله: لا يصحُّ إخبارُهُ بِحُكْمِهِ) أي: بعد ما قام.

[٢٦٥١٢] (قوله: كحُكْمِ القاضي) فإنه لا يصحُّ لِمَنْ لَا تُقْبَلُ شهادته له.

[٢٦٥١٣] (قوله: فلا بدَّ من اجتماعيهما) فلو حَكَّم أحدهما أو اختلفا لم يَجْزُ^(١) كما في "البحر"^(٢) عن "الولوالجية"^(٣). وفيه^(٤) عن "الخصاف"^(٥): ((لو قال لأمريته: أنت علي حرام، ونوى الطلاق دون الثلاث، فحَكَّمَا رجلين، فحَكَّم أحدهما بأنها [ب/٢٢٩ق/٣] بائن، وحَكَّم الآخر بأنها بائن بالثلاث لم يَجْزُ؛ لأنهما لم يَجْتَمِعا على أمرٍ واحدٍ)) اهـ.

[٢٦٥١٤] (قوله: وَيُضَيِّ حُكْمُهُ) أي: إذا رُفِعَ حُكْمُهُ إلى القاضي إِنْ وُفِّقَ مَذْهَبُهُ أَمْضَاهُ، وَإِلَّا أَبْطَلَهُ. وفائدة إضائيها هنا: أنه لو رُفِعَ إلى قاضٍ آخر يُخَالِفُ مَذْهَبَهُ ليس لذلك القاضي ولاية النَّقْضِ فيما أَمْضَاهُ هذا القاضي، "جوهره"^(٦). وفي "البحر"^(٧): ((ولو رُفِعَ حُكْمُهُ إلى حَكَمٍ آخر حَكَّمَاهُ بعدُ فالتَّانِي كَالْقَاضِي يُضَيِّهِ إِنْ وُفِّقَ رَأْيُهُ، وَإِلَّا أَبْطَلَهُ)).

[٢٦٥١٥] (قوله: لِأَنَّ حُكْمَهُ لَا يَرْفَعُ خِلَافًا) لِقُصُورِ ولايته عليهما، بخلافِ القاضي العام.

(١) في "الأصل": ((لم يَجْز)).

(٢) "البحر": كتاب القضاء - باب التحكيم ٢٦/٧.

(٣) "الولوالجية": كتاب القضاء - الفصل الرابع فيما تسمع فيه الدعوى وفيما لا تسمع إلخ ٧١/٤.

(٤) "البحر": كتاب القضاء - باب التحكيم ٢٦/٧.

(٥) انظر "شرح أدب القاضي" للصدر الشهيد: الباب السادس والسبعون في الخصمين يَحْكُمَانِ بينهما حكماً - تحكيم حكيمين واختلافهما في الحكم ٦٨/٤ - ٦٩ بتصرف.

(٦) "الجوهره النيرة": كتاب أدب القاضي ٣٤٧/٢ بتصرف.

(٧) "البحر": كتاب القضاء - باب التحكيم ٢٧/٧ بتصرف، نقلاً عن "المحيط".

(وليس له) للمُحكَّم (تفويض التحكيم إلى غيره، وحُكْمُهُ بالوقف لا يرفعُ خلافاً^(١)) على الصَّحيح، "خاتية"^(٢).....

(٢٦٥١٦) (قوله: للمُحكَّم) بدلٌ من ((له)).

(٢٦٥١٧) (قوله: تفويض التحكيم إلى غيره) فلو فَوَّضَ وَحَكَّمَ الثاني بلا رضاهما، فأجازَهُ القاضي لم يَحْزُ إِلَّا أَنْ يُجِيزَهُ بعدَ الحكم، وقيل: ينبغي أَنْ يَكُونَ كالوكيلِ الأولِ إذا أجازَ فَعَلَ الوكيل الثاني، "فتح"^(٣).

(٢٦٥١٨) (قوله: وحُكْمُهُ بالوقف) أي: بَلْزُومِهِ ((لا يرفعُ خلافاً)) أي: بخلاف الإمام القائلِ بَعْدَ لُزُومِهِ، بل يَبْقَى عنده غير لازمٍ يصحُّ رُجُوعُهُ عنه.

(قوله: فلو فَوَّضَ وَحَكَّمَ الثاني بلا رضاهما، فأجازَهُ القاضي لم يَحْزُ إلخ) توضيحُ هذه المسألة ما في "الهندية": ((وليس للحكم أن يفوض التحكيم إلى غيره؛ لأنَّ الخصمين لم يرضيا بتحكيم غيره، فإنَّ فَوَّضَ وَحَكَّمَ الثاني بغير رضاهما وأجازَهُ الحكم الأول لم يَحْزُ إِلَّا أَنْ يُجِيزَهُ الخصمان، ومن مشايخنا مَنْ قال بأنَّ قوله: فإنَّ أجازَهُ الحكم الأول لا يجوزُ ممَّا لا يكادُ يصحُّ، فإنه كالوكيل الأول إذا أجازَ يَتَّعِ الوكيل الثاني جاز، وكالقاضي إذا لم يُؤدِّنْ له في الاستخلاف إذا أجازَ حُكْمَ خليفته جاز، وذكر في "السَّيَر": إذا نَزَلَ قومٌ على حُكْمٍ رجلٍ فحَكَّمَ غيره بغير رضاهم لم يَحْزُ، ولو أجازَ الأول حُكْمَ الثاني جاز، وتأويلُ قوله: إنَّ إجازته باطلة أي: إجازته تحكيمه وتفويضه إلى الثاني باطلة؛ لأنَّ الإذنَ منه بالتحكيم في الابتداء لا يصحُّ فكذا في الانتهاء، فأما إجازته حُكْمَ الثاني فتجوزُ كأنه باشره بنفسه، ومنهم مَنْ فَرَّقَ بينهما. والفَرَقُ: أَنَّ الحكم لا يصحُّ إِلَّا بالعبارة، فلا يصحُّ منه تنفيذ الحكم عليهما بعبارة غيره، بخلاف إجازة الوكيل الأول يَتَّعِ الثاني؛ لأنَّ البيع ينفذُ بثُلُوثِ العبارة بالتعاطي، فكان المقصود بالتوكيل حضور رأي الوكيل عند البيع لا عبارة، فإذا أجازَ يَتَّعِ الثاني فقد حضر رأيه ذلك العقد فصَحَّ، وبخلاف إجازة القاضي حُكْمَ خليفته؛ لأنَّ القاضي يَمْلِكُ القضاء بما قضى خليفته من غير رضا الخصمين، فلا يَمْلِكُ أيضاً إجازة قضاء الغير عليهما من غير رضاهما، كذا في "محيط السرخسي") اهـ. كذا عبارة الأصل، وحَقُّ حذفِ النفي من قوله: ((فلا يَمْلِكُ إلخ)).

(١) في "د" و"و": ((الخلاف)).

(٢) "الخاتية": كتاب الوقف ٢٨٦/٣ بتصرف (هامش الفتاوى الهندية).

(٣) "الفتح": كتاب أدب القاضي - باب التحكيم ٤١٠/٦.

(فلو رُفِعَ إلى مُوافِقٍ لمذهبه (حَكَمَ) ابتداءً (بَلْزُومِهِ) بِشَرْطِهِ، (ولا يُمضيه)؛ لأنه لم يَقَعْ مُعْتَبَرًا. والحاصل: أنه كالقاضي إلّا في مسائل عَدَّ مِنْهَا في "البحر" ^(١)) سَبْعَ عَشْرَةَ،

[٢٦٥١٩] (قوله: بِشَرْطِهِ ^(٢)) أي ^(٣): مِنْ كَوْنِهِ مُفَرَّزًا عَقَارًا وَنَحْوَ ذَلِكَ مِمَّا مَرَّ ^(٤) فِي بَابِهِ.

[٢٦٥٢٠] (قوله: وَلَا يُمضِيهِ) عبارة "البحر" ^(٥): ((لَا أَنَّهُ يُمضِيهِ)).

[٢٦٥٢١] (قوله: عَدَّ مِنْهَا فِي "البحر" سَبْعَ عَشْرَةَ) أشار إلى أَنَّهَا تَزِيدُ عَلَى ذَلِكَ، وَهُوَ كَذَلِكَ، وَتَقَدَّمَ كَثِيرٌ مِنْهَا فِي "الشَّرْح" وَ"الْمَتْن"، مِنْهَا: أَنَّهُ لَوْ اسْتَقْضِيَ الْعَبْدُ ثُمَّ عَتَقَ فَقَضَى صَحَّ عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ، بِخِلَافِ الْمُحْكَمِ كَمَا مَرَّ ^(٦)، وَأَنَّهُ لَا بَدَّ مِنْ تَرْضَاهُمَا عَلَيْهِ ^(٧)، وَأَنَّ التَّحْكِيمَ لَا يَصِحُّ فِي حَدٍّ وَقَوْدٍ وَدِيَّةٍ عَلَى الْعَاقِلَةِ ^(٨)، وَأَنَّ لِكُلِّ مِنْهُمَا عَزْلُهُ قَبْلَ الْحُكْمِ ^(٩)،

(قوله: عبارة "البحر": لَا أَنَّهُ يُمضِيهِ) مُقْتَضَى قَوْلِهِمْ: وَيُمضِي حَكْمَهُ إِنْ لَخَّ أَنَّ الْقَاضِيَ يُمضِي

حَكْمَهُ، لَا أَنَّهُ يَحْكُمُ بِالْوَقْفِ ابْتِدَاءً، وَنَصَّ "البحر": ((الصَّحِيحُ أَنَّ حَكْمَهُ بِالْوَقْفِ لَا يَرْفَعُ الْخِلَافَ كَمَا فِي "الْبِرَازِيَّةِ"، وَفَائِدَتُهُ: أَنَّهُ لَوْ رُفِعَ إِلَى مُوَافِقٍ يَحْكُمُ ابْتِدَاءً بَلْزُومِهِ لَا أَنَّهُ يُمضِيهِ)) اهـ. فعبارة "الْبِرَازِيَّةِ" إِنَّمَا تَفِيدُ أَنَّهُ لَا يَرْفَعُ الْخِلَافَ، وَأَمَّا الْحُكْمُ بِهِ ابْتِدَاءً فغَيْرُ مُفَادٍ، وَهُوَ مُحْتَاجٌ لِنَصٍّ، وَإِلَّا كَانَ مُخَالِفًا لِلْمُتَوَّنِ، تَأَمَّلْ.

(١) "البحر": كتاب القضاء - باب التحكيم ٢٧/٧ - ٢٨.

(٢) قال "ط" في شرح هذه المقالة: ((بأن يكون صادراً من أهله في محله)).

(٣) في الأصل: ((أي: بشرط من كونه ...)).

(٤) المقالة [٢١٢٩٠] قوله: ((وبقضاء القاضي)).

(٥) في "م": ((لبحر))، وهو خطأ، وانظر "البحر": كتاب القضاء - باب التحكيم ٢٨/٧.

(٦) ص ٥٣٦ - ٥٣٦ - "در".

(٧) ص ٥٣٦ - "در".

(٨) ص ٥٣٧ - "در".

(٩) ص ٥٣٨ - "در".

وأنه لا يتعدى حكمه في الرد بالعيب إلى بائع البائع^(١)، وأنه لا يُفتى بحكمه في فسخ البمين المضافة ونحوها^(٢)، وأنه لا يصح إخباره بحكمه^(٣)، بخلاف القاضي على ما سيأتي^(٤) في آخر المتفرقات؛ وأنه لو خالف حكمه رأي القاضي^(٥) أبطله، وأنه ليس له التفويض إلى غيره^(٦)، وأن الوقف لا يلزم بحكمه^(٧)، فهذه عشرة مسائل مذكورة في "البحر"^(٨). وبقي أنه لا يجوز تعليقه ولا إضافته عند "أبي يوسف"، وأنه لا يتعدى حكمه إلى الغائب لو كان ما يدعى عليه سبباً لما يدعى على الحاضر، وأنه لا يجوز كتابه إلى القاضي كعكسه، وأنه لا يحكم بكتاب قاضٍ إلا إذا رضي الخصمان، وأنه لا يتعدى حكمه من وارث إلى الباقي والميت، وأنه لا يتعدى حكمه على وكيل بعيب المبيع إلى موكله، وأنه لا يصح حكمه على وصي صغير بما فيه ضرر على الصغير، وأنه لا يتقيد ببلد التحكيم، بل له الحكم في البلاد كلها،

(قوله: وأنه ليس له التفويض إلى غيره) فيه: أن كلاً من الحكم والقاضي لا يملك الاستخلاف بثون إذن، وبه يملكانه كما يظهر فيهما تأمل.

(قوله: وأنه لا يتعدى حكمه على وكيل بعيب المبيع إلخ) نقل هذه المسألة في "البحر" عن "الفتح"، وعبارة "الفتح": ((ولو اختصم الوكيل بالبيع مع المشتري منه في العيب، فحكم برده على الوكيل لم يلزم الموكل إذا كان العيب يحدث مثله رواية واحدة، إلا أن يرضى الموكل بتحكيمة معهما، وإن كان العيب لا يحدث مثله ولم يدخل الموكل معهما في التحكيم ففي لزومه للموكل روايتان)) اهـ.

(١) ص ٥٣٩ - "در".

(٢) ص ٥٤٠ - "در".

(٣) ص ٥٤٣ - "در".

(٤) المقولة [٢٦٧٥٤] قوله: ((وقيل: لو غدلاً عالماً)).

(٥) ص ٥٤٣ - "در".

(٦) ص ٥٤٤ - "در".

(٧) "البحر": كتاب القضاء - باب التحكيم ٢٧/٧ - ٢٨.

منها: ((لو ارتدّ انعزل، فإذا أسلمَ احتاجَ لتحكيمٍ جديدٍ،))

وأَنَّهُ لو اختلفَ الشَّاهِدَانِ فشَهِدَ أحدهما أَنَّهُ وَكَّلَ زَيْدًا بِالْخُصُومَةِ إِلَى قَاضِي الْكَوْفَةِ وَالْآخَرُ إِلَى قَاضِي الْبَصْرَةِ تُقْبَلُ، لَا لَوْ شَهِدَ أَحَدُهُمَا بِذَلِكَ إِلَى الْفَقِيهِ فَلَانَ وَالْآخَرُ إِلَى الْفَقِيهِ فَلَانٍ آخَرَ؛ لِأَنَّ الْحَكَمَ مُتَوَسِّطٌ، وَقَدْ يَكُونُ أَحَدُ الْمُحْكَمِينَ أَحْذَقَ مِنَ الْآخَرِ، فَلَا يَرْضَى الْمُوَكَّلُ بِالْآخَرِ، بِخِلَافِ مَا لَوْ كَانَ الْمَطْلُوبُ نَفْسَ الْقَضَاءِ، فَإِنَّهُ لَا يَخْتَلِفُ كَمَا فِي "شرح أدب القضاء" ^(١)، فهذه تسعُ مذكورةٌ في "البحر" ^(٢) أيضاً، وذكرَ فيه أربعُ مسائلٍ أُخَرَ ذَكَرَهَا "الشارح" ^(٣)، فهذه ثلاثٌ وعشرون مسألةً، وزادَ في "البحر" ^(٤) أخرى، حيث قال: ((ثمَّ اعلم أَنَّهُم قالوا: إِنَّ الْقَضَاءَ يَتَعَدَّى إِلَى الْكَافَّةِ فِي أَرْبَعِ الْحَرِّيقَةِ، وَالتَّسْبِي، وَالتَّكَاحِ، وَالْوَلَاةِ، وَلَمْ يَصْرَحُوا بِحُكْمِهَا مِنَ الْمُحْكَمِ، وَيَجِبُ أَنْ لَا يَتَعَدَّى، فَتُسَمَّعَ دَعْوَى الْمَلِكِ فِي الْمَحْكُومِ بِعَيْتِهِ مِنَ الْمُحْكَمِ، بِخِلَافِ الْقَاضِي)) اهـ.

وفي "الهندية": ((ولو أَنَّ رجلاً باعَ سِلْعَةً رَجُلٍ بِأَمْرِهِ الْمُشْتَرِي بَعِيْبَ فَحَكَمًا بَيْنَهُمَا حَكَمًا بِرِضَا الْأَمِيرِ، فَرَدَّهَا الْحَكَمُ عَلَى الْبَائِعِ بِسَبَبِ ذَلِكَ الْعَيْبِ بِإِقْرَارِ الْبَائِعِ أَوْ بِنُكُولِهِ أَوْ بَيِّنَةٍ قَامَتْ فَإِنْ كَانَ الرَّدُّ بِالْبَيِّنَةِ أَوْ بِنُكُولِ الْوَكِيلِ فَلَهُ أَنْ يَرُدَّهُ عَلَى الْمُوَكَّلِ، وَإِنْ كَانَ الرَّدُّ بِإِقْرَارِهِ بِالْعَيْبِ وَذَلِكَ عَيْبٌ لَا يَحْدُثُ مِثْلُهُ رَدُّهُ عَلَى الْمُوَكَّلِ أَيْضًا، فَإِنْ كَانَ يَحْدُثُ مِثْلُهُ لَمْ يَرُدَّهُ عَلَى الْمُوَكَّلِ حَتَّى يُبَيِّنَ الْبَيِّنَةُ أَنَّ هَذَا الْعَيْبَ كَانَ عِنْدَ الْمُوَكَّلِ، وَإِنْ كَانَتْ الْحُكُومَةُ بِغَيْرِ رِضَا الْأَمِيرِ لَمْ يَلْزَمِ الْأَمِيرُ مِنْ ذَلِكَ شَيْءٌ إِلَّا بَيِّنَةٌ أَوْ كَانَ عَيْبًا لَا يَحْدُثُ مِثْلُهُ، وَلَوْ كَانَ هَذَا الرَّجُلُ اشْتَرَى عَبْدًا لِرَجُلٍ بِأَمْرِهِ فَطَعَنَ الْمُشْتَرِي بِعَيْبٍ بِهِ وَحَكَمًا فِيمَا بَيْنَهُمَا رَجُلًا بِرِضَا الْأَمِيرِ وَرَدَّ بَعْضُ مَا ذَكَرْنَا فَكَذَلِكَ الْجَوَابُ، وَكَانَ الرَّدُّ جَائِزًا عَلَى الْأَمِيرِ، كَذَا فِي "المحيط") اهـ.

(قوله: لِأَنَّ الْحَكَمَ مُتَوَسِّطٌ إلخ) ما ذكرَهُ مِنَ الْفَرَقِ مَحَلُّ تَأَمُّلٍ، فَإِنَّ كَلَامًا مِنَ الْحَكَمِ وَالْقَاضِي إِنَّمَا يَحْكُمُ بِالشَّرْعِ: الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي، وَالْيَمِينُ عَلَى الْمُنْكَرِ.

(١) "شرح أدب القاضي" للصدر الشهيد: الباب التاسع والستون في الشهادة على الوكالة ٤٣١/٣.

(٢) "البحر": كتاب القضاء - باب التحكيم ٢٧/٧.

(٣) ص ٥٤٥ - "در".

(٤) "البحر": كتاب القضاء - باب التحكيم ٢٨/٧.

بـخلافِ القاضي))، ومنها: ((لو رَدَّ الشَّهَادَةَ لِتُهْمَةٍ فَلغَيْرِهِ قَبُولُهَا، وَيَنْبَغِي أَنْ لَا يَلِيَّ الْحَبْسَ، وَلَمْ أَرَهُ،))

قلت: ويُرادُّ أيضاً أَنَّهُ يَنْعَزِلُ بِقِيَامِهِ مِنَ الْمَحَلِّسِ كَمَا قَدَّمْنَاهُ^(١) عَنْ "الفتح"، فَهِيَ أَرْبَعٌ وَعَشْرُونَ^(٢).

[٢٦٥٢٢] (قَوْلُهُ: بِخَلَاْفِ الْقَاضِي) فَإِنَّ الْفَتْوَى عَلَى أَنَّهُ لَا يَنْعَزِلُ بِالرَّدِّ كَمَا قَدَّمْنَاهُ^(٣)، فَإِذَا أَسْلَمَ لَا يَحْتَاجُ إِلَى تَوَلِيَّةٍ جَدِيدَةٍ.

[٢٦٥٢٣] (قَوْلُهُ: فَلغَيْرِهِ قَبُولُهَا) بِخَلَاْفِ مَا لَوْ رَدَّ قَاضٍ شَهَادَةً لِلتُّهْمَةِ لَا يَقْبَلُهَا قَاضٍ آخَرُ؛ لِأَنَّ الْقَضَاءَ بِالرَّدِّ نَفَذَ عَلَى الْكَافَّةِ، "بِحَرْ" ^(٤) عَنْ "المحيط".

[٢٦٥٢٤] (قَوْلُهُ: وَيَنْبَغِي أَنْ لَا يَلِيَّ الْحَبْسَ، وَلَمْ أَرَهُ) كَذَا فِي بَعْضِ نَسَخِ "البحر"^(٥)، وَفِي بَعْضِهَا ٢٣/٧٢٠ قَبْلَ قَوْلِهِ: ((وَلَمْ أَرَهُ)) مَا نَصَّهُ: ((وَفِي "صَدْرِ الشَّرِيعَةِ"^(٦) مِنْ بَابِ التَّحْكِيمِ قَالَ: وَفَائِدَةُ الْإِزَامِ الْحَصْمِ أَنَّ الْمَتَابِعِينَ إِنْ حَكَّمَا حَكَمًا فَالْحَكْمُ يُجْبِرُ الْمُشْتَرِيَّ عَلَى تَسْلِيمِ الثَّمَنِ وَالْبَائِعَ عَلَى تَسْلِيمِ الْمُبِيعِ، وَمَنْ أَمْتَنَعَ يَحْبِسُهُ أَه. فَهَذَا صَرِيحٌ فِي أَنَّ الْحَكْمَ يَحْبِسُ))^(٧) أَه.

(قَوْلُهُ: أَنَّهُ يَنْعَزِلُ بِقِيَامِهِ مِنَ الْمَحَلِّسِ إلخ) الْمُرَادُّ أَنَّهُ يَنْعَزِلُ بِقِيَامِهِ عَنْهُ بَعْدَ الْحَكْمِ لَا بِقِيَامِهِ قَبْلَهُ، فَفِي "الْمُهَنْدِيَّةِ": ((وَلَوْ سَافَرَ الْحَكْمُ أَوْ مَرِضَ أَوْ أَغْمِيَ، ثُمَّ قَدِمَ مِنْ سَفَرِهِ أَوْ بَرِئَ وَحَكَّمَ حَازَ، وَلَوْ عَمِيَ الْحَكْمُ ثُمَّ ذَهَبَ الْعَمَى وَحَكَّمَ لَمْ يَجْزْ)) أَه. (قَوْلُهُ: فَهِيَ أَرْبَعَةٌ وَعَشْرُونَ) حَقُّهُ: خَمْسَةٌ وَعَشْرُونَ.

(١) الْمُقُولَةُ [٢٦٥١٠] قَوْلُهُ: ((وَصَحَّ إِخْبَارُهُ إلخ)).

(٢) نَقُولُ: بَلْ مَجْمُوعٌ مَا ذَكَرَ خَمْسٌ وَعَشْرُونَ مَسْأَلَةً، وَقَدْ أَشَارَ إِلَى ذَلِكَ الرَّافِعِي رَحِمَهُ اللَّهُ.

(٣) الْمُقُولَةُ [٢٦٥٠٤] قَوْلُهُ: ((فَهُوَ عَلَى قَضَائِهِ)).

(٤) "البحر": كِتَابُ الْقَضَاءِ - بَابُ التَّحْكِيمِ ٢٨/٧.

(٥) "البحر": كِتَابُ الْقَضَاءِ - بَابُ التَّحْكِيمِ ٢٨/٧.

(٦) "شرح الوقاية": كِتَابُ الْقَضَاءِ - بَابُ التَّحْكِيمِ ٧٠/٢ "هَامِشُ كَشْفِ الْحَقَائِقِ".

(٧) قَالَ ابْنُ عَابِدِينَ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي "مِنْحَةِ الْخَالِقِ" ٢٨/٧: ((وَوَكَانَهُ وَجَدَ بَعْدَ، أَوْ الْمُرَادُّ: وَلَمْ أَرَهُ لغيره، تَأْمَلْ)).

وكذا لم أرَ حكمَ قَبُولِهِ الهديةَ، وينبغي أن لا يجوزَ إنْ أُهْدِيَ إليه وقتَ التَّحكيمِ)).

[٢٦٥٢٥] (قوله: وكذا إلخ) هذا من "البحر" أيضاً حيث قال^(١): ((وكذا لم أرَ حكمَ قَبُولِهِ^(٢) الهديةَ وإجابةَ الدَّعوة، وينبغي أن يجوزَ له؛ لانتهاهِ التَّحكيمِ بالفَرَاغِ، إلّا أنْ يُهْدَى إليه وقتَهُ من أحدهما فينبغي أن لا يجوزَ)) اهـ. وذكرَ "الرَّحْمَتِيُّ": ((أنَّ الذي ينبغي الجوازُ؛ لأنَّ مَنْ ارتابَ فيه له عَزْلُهُ قَبْلَ الحُكْمِ، بخلافِ القاضي)) اهـ، وفيه نَظَرٌ، والله سبحانه أعلم.

(١) "البحر": كتاب القضاء - باب التحكيم ٢٨/٧.

(٢) في "ت" و"ب" و"م": ((قَبُولِ)) دون هاء، وما أثبتناه من "الأصل" هو الموافق لعبارة "البحر".

﴿بابُ كتاب القاضي إلى القاضي وغيره﴾

أرادَ بغيره قوله: ((والمرأةُ تَقْضِي الخ)). (القاضي يَكْتُبُ إلى القاضي في).....

﴿بابُ كتاب القاضي إلى القاضي وغيره﴾

هذا أيضاً من أحكام القضاء، غير أنه لا يَتَحَقَّقُ في الوجودِ إلا بقاضين، فهو كالمُرْكَبِ بالنسبة لما قبله، "فتح" (١). وهذا أولى من قول "الزَّيْلَعِي" (٢): ((إنه ليس من كتاب القضاء؛ لأنه إما نَقْلُ شهادةٍ أو نَقْلُ حُكْمٍ، نعم هو من عَمَلِ القضاة، فكان ذكره فيه أنسب)) اهـ. وحيث كان من عَمَلِهِمْ فكيف يَنْفِيهِ؟ "بحر" (٣). وأجاب في "النهر" (٤): ((بأن المنفِي كونه قضاءً، والمُثَبَّت (٥) كونه من أحكامه)).

[٢٦٥٢٦١] قوله: وغيره عطفٌ على ((كتاب))، "ط" (٦).

[٢٦٥٢٧٢] قوله: إلى القاضي أي: البعيد. بمسافة يأتي (٧) بيانها، وأفاد أن قاضي مِصْرٍ يَكْتُبُ إلى مثله وإلى قاضي الرُّسْتاقِ، بخلاف العكس، وفيه خلافٌ يأتي (٨). قال في "الفتح" (٩): ((ولو كَتَبَ القاضي إلى الأمير الذي ولَّاهُ - أصلَحَ الله الأميرَ - ثُمَّ قَصَّ القِصَّةَ وهو معه في المِصْرِ، فجاء به ثِقَةً يَعْرِفُهُ الأميرُ ففي القياس (١٠) لا يَقْبَلُ؛ لأنَّ إيجابَ العملِ بالبينَّة، ولأنَّه لم يَذْكُرْ اسمَهُ واسمَ أبيه، وفي الاستحسان يَقْبَلُ؛ لأنه مُتعارَفٌ، ولا يَلِيْقُ بالقاضي أن يأتي في كلِّ حادثةٍ إلى الأميرِ ليُخْبِرَهُ،

٣٥٠/٤

(١) "الفتح": كتاب أدب القاضي - باب كتاب القاضي إلى القاضي ٣٨١/٦ بتصرف.

(٢) "تبيين الحقائق": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ١٨٢/٤ بتصرف.

(٣) "البحر": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٢/٧ بتصرف.

(٤) "النهر": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ق ٤٣٣/أ.

(٥) أي: في "الفتح" كما في "النهر".

(٦) "ط": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٢٠٩/٣.

(٧) ص ٥٦٧ - "در".

(٨) المقولة [٢٦٥٨٤] قوله: ((بل من قاضي مُوَلَّى الخ)).

(٩) "الفتح": كتاب أدب القاضي - باب كتاب القاضي إلى القاضي ٣٨٦/٦ - ٣٨٧.

(١٠) في "الفتح": ((ففي التناوؤ)).

كلَّ حقٍّ - به يُفتَى استحساناً - (غير حدٍّ وقودٍ)؛ للشُّبهة،

ولو أُرسلَ رسولاً ثقةً كان كالمُرسلِ في جوازِ العملِ به، فكذا إذا أُرسلَ كتابه، ولم يَجِرِ الرِّسْمُ في مثله من مِصرٍ إلى مِصرٍ، فشرَطْنَا هناك كتاب^(١) (القاضي إلى القاضي)) اهـ، أي: شرَطْنَا ذلك فيما إذا كان الأمرُ في مِصرٍ آخرَ، وقد أسَقَطَ في "البحر"^(٢) و"النهر"^(٣) من عبارة "الفتح" قوله: ((ولم يَجِرِ الرِّسْمُ في مثله من مِصرٍ إلى مِصرٍ))، فاحتلَّ نظامُ الكلام، فافهم.

(٢٦٥٢٨) (قوله: كلَّ حقٍّ) من نكاحٍ، وطلاقٍ، وقَتْلِ مُوجِبِهِ مالٍ، وأعيانٍ ولو منقولةً، وهو المروءيُّ عن "محمدٍ"، وعليه المتأخرون، وبه يُفتَى للضرورة. وفي "ظاهر الرواية": لا يجوزُ في المنقول؛ للحاجة إلى الإشارة إليه عند الدَّعوى والشَّهادة. وعن "الثاني" تجويزُهُ في العبدِ لَعَلَّه الإباق فيه لا في الأمة، وعنه تجويزُهُ في الكلِّ، قال "الإسبيعيُّ"^(٤): ((وعليه الفتوى))، "بحر"^(٥).

[مطلب: عبارة القاضي إلى القاضي أقوى من كتابته إليه]

(٢٦٥٢٩) (قوله: استحساناً) والقياسُ أن لا يجوزَ؛ لأنَّ كتابته لا تكونُ أقوى من عبارته، وهو لو أخبرَ القاضي في محله لم يَعْمَلْ بإخباره، فكتابته أولى، وإنَّما جَوَزناه لأثرِ "علي"^(٥)

﴿بابُ كتاب القاضي إلى القاضي﴾

(قوله: فكذا إذا أُرسلَ كتابه، ولم يَجِرِ الرِّسْمُ في مثله إلخ) والآنَ حَرَى الرِّسْمُ بكتابةِ القاضي إلى الأميرِ من مِصرٍ إلى مِصرٍ، فينبغي أن يُقْبَلَ كما لو اتَّحدَ المِصرُ.

(١) عبارة "الفتح" و"البحر" و"النهر": ((شرَطْنَا هناكَ شرَطَ كتابِ إلخ)).

(٢) "البحر": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٥/٧.

(٣) "النهر": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ق٤٣٣/١.

(٤) "البحر": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٢/٧ باختصار.

(٥) لم نَهْتِدِ إلى الأثرِ الذي يُريدُهُ المصنّف عن عليٍّ رضي الله عنه.

وفي الإجماع على اعتبار الكتاب والخطِّ بغلبةِ الظنِّ دليلٌ على صحّةِ ذلك، وقد وَرَدَ عن النَّبيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كُتُبٌ كثيرةٌ للمُلوِكِ والرُّعَماءِ وعَمَلِهِ، فصِحَّةُ هذا دليلٌ على صحّةِ كتابِ القاضي إلى القاضي؛ فإنَّ حازَ بينَ المُلوِكِ والوَلَاةِ فلاَنَ يَجُوزُ بَيْنَ القُضَاةِ أُولَى، واللَّهُ أَعْلَمُ.

رضي الله تعالى عنه وللحاجة، "بحر"^(١).

- = أما كُتِبَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِلَى عَمَالِهِ؛ فَقَدْ رَوَى مَعْمَرٌ وَابْنُ جُرَيْجٍ وَسَفْيَانُ بْنُ عُيَيْنَةَ وَسَفْيَانُ بْنُ حَسِينٍ عَنِ الزُّهْرِيِّ عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ عَنِ الضَّحَّاكِ بْنِ سَفْيَانَ الْكَلَابِيِّ - وَكَانَ اسْتَعْمَهُ رَسُولُ اللَّهِ عَلَى الْأَعْرَابِ - قَالَ: ((كُتِبَ إِلَيَّ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنَّ زَوْجَتِي امْرَأَةً أَشْتَمَ الصَّبَايُ مِنْ دِيَةِ زَوْجِهَا))، فَأَخَذَ بِذَلِكَ عَمْرٌ.
- أخرج عبد الرزاق في "المصنف" (١٧٧٦٤) و(١٧٧٦٥)، عنه أحمد ٤٥٢/٣ وأبو داود (٢٩٢٧) في الفرائض - باب في المرأة تراث من دية زوجها، والترمذي (١٤١٥) في الدييات - باب في المرأة هل تراث من دية زوجها، و(٢١١٠) في الفرائض - باب ميراث المرأة من دية زوجها، والنسائي في "الكبرى" (٦٣٦٣) و(٦٣٦٤) في الفرائض - توريث المرأة من دية زوجها، وابن ماجه (٢٦٤٢) في الدييات - باب الميراث من الدية، والطبراني في "الكبير" (٨١٣٩) و(٨١٤١) - (٨١٤٢)، وسعيد بن منصور في "سننه" (٢٩٥) و(٢٩٧)، والشافعي في "مسنده" (٣٦٠)، وابن أبي شبة (٣١٣/٩)، وابن الجارود في "المنتقى" (٩٦٦)، وابن أبي عاصم في "الأحاديث المثنائي" (١٤٩٦) و(١٤٩٧)، والدارقطني في "السنن" (٧٧/٤)، وأبو نعيم في "معرفة الصحابة" (٣٩٠٠) والبيهقي في "السنن" ٥٧/٨ و١٣٤. قال الترمذي: حديث حسن صحيح.
- هكذا رواه أصحاب ابن عيينة إلا محمد بن منصور فرواه عن سفیان مرة عن يحيى بن سعيد عن الزهري به. أخرجه النسائي في "الكبرى" (٦٣٦٥).
- ورواه زهير بن معاوية وابن أبي زائدة ويزيد بن هارون عن يحيى بن سعيد عن الزهري أن عمر نَشَدَ النَّاسَ عَنِّي ... فَقَالَ الضَّحَّاكُ: كُتِبَ إِلَيَّ النَّبِيُّ بِهِ. أخرجه النسائي في "الكبرى" (٦٣٦٦)، والطبراني (٨١٤٠)، والدارقطني ٧٧/٤.
- وهكذا رواه مالك في "الموطأ" ٨٦٦/٢ في العقول - باب ميراث العقل؛ عن الزهري أن عمر .. مرسلًا. وعنه البيهقي ١٣٤/٨.
- وأغرب ابن إسحاق فرواه عن الزهري قال: حَدَّثْتُ عَنْ الْمَغِيرَةِ أَنَّهُ قَالَ: حَدَّثْتُ عَمْرَ بَقْصَةَ أَشْتَمَ فَقَالَ: لَتَأْتِيَنِي عَلَى هَذَا بَمَا أَعْرِفُ، فَتَشَدُّتِ النَّاسَ فِي الْمَوْسِمِ فَأَقْبَلَ رَجُلٌ يُقَالُ لَهُ زُرَّارَةٌ بَنُ جُرَيْجٍ فَخَدَّنَهُ عَنِ النَّبِيِّ بِذَلِكَ. أخرجه ابن شاهين كما في "الإصابة" ٥٢/١ و١٥١/٢.
- وإنما رواه خالده بن عبد الرحمن والوليد وصدقة بن خالد عن محمد بن عبد الله الشعمي عن زفر بن وثيمة عن المغيرة أن زُرَّارَةَ بَنِ جُرَيْجٍ قَالَ لِعَمْرٍ: إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ كَتَبَ إِلَى الضَّحَّاكِ أَنْ يُورَثَ .. مثله. وفي رواية صدقة: أَنَّ أَسْعَدَ بَنِ زُرَّارَةَ قَالَ لِعَمْرٍ: .. به.
- أخرجه الطبراني في "الكبير" (٨٩٨)، والدارقطني في "السنن" ٧٦/٤، وأبو نعيم في "المعرفة" (٣٠٨٥)، وأبو يعلى والحسن بن سفیان كما في "الإصابة" ٥٢/١ و٥٤٦. قال الدارقطني: ورواه زهير بن هند [أو ابن هنيئ] عن الشعمي عن مكحول عن زُرَّارَةَ بَنِ جُرَيْجٍ عَنِ الْمَغِيرَةِ فَذَكَرَهُ.
- قال ابن حجر: إسناده حسن.
- (١) "البحر": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٢/٧.

(فإن شهدوا على خصم حاضر حكم بالشهادة وكتب بحكمه) ليحفظ (و) كتاب الحكم

[٢٦٥٣٠] (قوله: فإن شهدوا على خصم حاضر إلخ) قال في "النهاية": ((المراد بالخصم هو الوكيل عن الغائب، أو المسخر الذي جعله - أي: القاضي - وكيلاً لإثبات الحق، ولو كان المراد بالخصم هو المدعى عليه لما احتيج إلى قاض آخر؛ لأن حكم القاضي قد تم على الأول)).

أقول: لا يخفى ما فيه من التكلف، والأحسن أن يقال: إن قوله: ((فإن شهدوا على خصم)) ليس مقصوداً بالذات في هذا الباب، بل توطئة لقوله: ((وإن شهدوا بغير خصم لم يحكم فيه، ونظائره كثيرة))، كذا في "الدرر"^(١).

قلت: وحاصله: أنه ليس المراد في هذه المسألة من كتاب القاضي حكمه إلى قاض آخر حتى يراد بالخصم فيها الوكيل أو المسخر، بل المراد أن الشهادة عند القاضي تارة تكون على خصم حاضر فيحكم بها عليه ويكتب بحكمه كتاباً ليحفظ الواقعة، لا ليبعثه إلى قاض آخر؛ لأن الحكم قد تم، وتارة تكون على خصم غائب، وهي الآتية، فهذه ذكرت توطئة لتلك، وإلى هذا أشار "الشارح" بقوله: ((ليحفظ))، [١/٢٢٠ق/٣] أي: ليحفظ الواقعة. وذكر في "النهر"^(٢) عن "الزبيعي"^(٣): ((أنه إذا قدر أن الخصم غاب^(٤)) بعد الحكم عليه وجحد الحكم فحينئذ يكتب له ليسلم إليه حقه أو لينفذ حكمه)) اهـ.

وحاصله: أنه قد يحتاج في المسألة الأولى إلى أن يبعث بكتاب حكمه على الخصم الحاضر إلى قاض آخر، فيكون ذكرهما مقصوداً في هذا الباب، وأفاد "الفهستاني"^(٥): ((أن الكتاب يكون إلى القاضي ولو كان الخصم حاضراً، وذلك لإمضاء قاض آخر، كما إذا ادعى على آخر ألفاً وبرهن وحكم به، ثم اصطلحاً أن يأخذه منه في بلد آخر وخاف أن ينكر، فكتب به لإمضاء قاضي البلد)).

(١) "الدرر والغرر": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي ٤١٢/٢.

(٢) "النهر": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٤٣٣/أ.

(٣) "تبيين الحقائق": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ١٨٤/٤.

(٤) عبارة "النهر" ((قال)) بدل ((غاب))، وهو تحريف.

(٥) "جامع الرموز": كتاب القضاء ٢٢٥/٢ بتصرف.

(هو السَّجِلُّ الحُكْمِيُّ)، أي: الحُجَّةُ التي فيها حُكْمُ القاضي، هذا في عُرْفِهِمْ، وفي عُرْفِنَا: كتابٌ كبيرٌ تَضَبُّطُ فيه وقائعُ النَّاسِ، (وإنْ لم يَكُنِ الخصمُ حاضراً لم يَحْكَمْ)؛ لأنَّه حُكْمٌ على الغائب (وَكَتَبَ الشَّهَادَةَ) إلى قاضٍ يَكُونُ الخصمُ في وِلَايَتِهِ (لِيَحْكَمْ) القاضي (المكتوبُ إليه بها على رأيه وإنْ كان مُخَالِفاً لرأيِ الكاتبِ)؛ لأنَّه ابتداءُ حُكْمٍ (وهو) نَقْلُ الشَّهَادَةِ حَقِيقَةً،

[٢٦٥٣١] (قوله: هو السَّجِلُّ) بكسرِ السَّينِ والجيمِ وتشديدِ اللَّامِ، والضَّمَّتَانِ مع التشديدِ، والفتحُ مع سكونِ الجيمِ، والكسرُ: لغاتٌ، "فَهْستاني" ^(١) عن "الكشاف" ^(٢).
[٢٦٥٣٢] (قوله: التي فيها حُكْمُ القاضي) بيانٌ للنسبةِ في قوله: ((الحُكْمِيُّ))، وسَجِلٌ ما إذا كان إلى قاضٍ آخرٍ أو لا.

[٢٦٥٣٣] (قوله: وَكَتَبَ الشَّهَادَةَ) أي: بعدما سَمِعَهَا وَعُدَّتْ، "نهر" ^(٣).

[مطلب: السَّجِلُّ الحُكْمِيُّ مُحْكُومٌ بِهِ دُونَ الْكِتَابِ الحُكْمِيِّ]

[٢٦٥٣٤] (قوله: وإنْ كان مُخَالِفاً لرأيِ الكاتبِ إلخ) أي: بخلافِ السَّجِلِّ، فإنه ليس له أنْ يُخَالَفَهُ وَيَنْقُضَ حُكْمَهُ؛ لأنَّ السَّجِلَّ مُحْكُومٌ بِهِ دُونَ الْكِتَابِ، ولهذا له أنْ لَا يَقْبَلَ الْكِتَابَ دُونَ السَّجِلِّ كما في "البحر" ^(٤) عن "مُنية المفتي". وقوله في "النهر" ^(٥): ((ولم أَجِدْهُ فِيهَا)) مَبْنِيٌّ عَلَى مَا فِي نَسْخَتِهِ، وَإِلَّا فَقَدْ وَجَدْتُهُ فِي نَسْخَتِي. وفي "الفتح" ^(٦): ((وَالْكِتَابُ الحُكْمِيُّ لَا يُزِمُّ الْعَمَلَ إِذَا كَانَ يُخَالَفُهُ؛ لأنَّه لم يَقَعْ حُكْمٌ فِي مَحَلِّ اجْتِهَادٍ، فَلَهُ أَنْ لَا يَقْبَلَهُ وَلَا يَعْمَلَ بِهِ)).

(١) "جامع الرموز": كتاب القضاء ٢٢٥/٢ بتصرف.

(٢) "الكشاف" للزَّعْزَعِيِّ: سورة الأنبياء - الآية ١٠٤، وعبارته: ((السَّجِلُّ بِوزنِ الْعُتْلِ، وَالسَّجِلُّ بِلَفْظِ الدُّلْوِ، وَرَوَى فِيهِ الْكُسْرُ، وَهُوَ الصَّحِيفَةُ.....)).

(٣) "النهر": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ق ٤٣٣/أ.

(٤) "البحر": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٣/٧ بتصرف.

(٥) "النهر": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ق ٤٣٣/ب.

(٦) "الفتح": كتاب أدب القاضي - باب كتاب القاضي إلى القاضي ٣٨٢/٦ - ٣٨٣.

وُيُسَمَّى (الكتابَ الْحَكِيمِيَّ) وليس بِسِجِلٍّ، (وَقَرَأَ) الْكِتَابَ (عَلَيْهِمْ) أَوْ أَعْلَمَهُمْ بِمَا فِيهِ^(١)، (وَحَتَمَ عِنْدَهُمْ) أَي: عِنْدَ شُهُودِ الطَّرِيقِ،

[٢٦٥٣٥] (قَوْلُهُ: وَيُسَمَّى الْكِتَابَ الْحَكِيمِيَّ) هَذَا فِي عُرْفِهِمْ، نَسَبُوهُ إِلَى الْحُكْمِ بِاعْتِبَارِ مَا يُؤَوَّلُ، "فَتَح"^(٢).

[٢٦٥٣٦] (قَوْلُهُ: وَلَيْسَ بِسِجِلٍّ) لِأَنَّ السَّجْلَ مُحْكَمٌ بِهِ بِخِلَافِ الْكِتَابِ الْحَكِيمِيَّ.
[٢٦٥٣٧] (قَوْلُهُ: وَقَرَأَ الْكِتَابَ عَلَيْهِمْ) أَي: عَلَى شُهُودِ الطَّرِيقِ، وَلَوْ فَسَّرَ الضَّمِيرُ هُنَا وَتَرَكَهُ فِي قَوْلِهِ: ((وَحَتَمَ عِنْدَهُمْ)) لِيَعُودَ عَلَى مَعْلُومٍ لَكَانَ^(٣) أَوَّلِي، "ط"^(٤).

[٢٦٥٣٨] (قَوْلُهُ: أَوْ أَعْلَمَهُمْ بِمَا فِيهِ) أَي: بِإِخْبَارِهِ؛ لِأَنَّهُ لَا شَهَادَةَ بِلَا عِلْمِ الْمَشْهُودِ بِهِ، كَمَا لَوْ شَهِدُوا بِأَنَّ هَذَا الصَّلَاةَ مَكْتُوبٌ عَلَى فُلَانٍ لَا يُفِيدُ مَا لَمْ يَشْهَدُوا بِمَا تَصَمَّنُهُ مِنَ الدِّينِ، "فَتَح"^(٥). قَالَ فِي "الْبَحْرِ"^(٦): ((وَلَا بَدَّلَ لَهُمْ مِنْ حِفْظٍ مَا فِيهِ، وَلِهَذَا قِيلَ: يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ مَعَهُمْ نَسْخَةٌ أُخْرَى مَفْتُوحَةٌ، فَيَسْتَعِينُوا مِنْهَا عَلَى الْحِفْظِ، فَإِنَّهُ لَا بَدَّلَ مِنَ التَّدْكِيرِ مِنْ وَقْتِ الشَّهَادَةِ إِلَى وَقْتِ الْأَدَاءِ عِنْدَهُمَا)).

[٢٦٥٣٩] (قَوْلُهُ: وَحَتَمَ عِنْدَهُمْ) أَي: عَلَى الْكِتَابِ بَعْدَ طَيِّبِهِ، وَلَا اعْتِبَارَ لِحَتَمٍ فِي أَسْفَلِهِ، فَلَوْ انْكَسَرَ خَاتَمُ الْقَاضِي، أَوْ كَانَ الْكِتَابُ مَنْشُورًا لَمْ يُقْبَلْ وَإِنْ حَتَمَ فِي أَسْفَلِهِ كَمَا فِي "الدَّخِيرَةِ"، وَإِنَّمَا قَالَ: ((عِنْدَهُمْ)) لِأَنَّهُ لَا بَدَّلَ أَنْ يَشْهَدُوا عِنْدَهُ أَنَّ الْحَتْمَ بِحَضْرَتِهِمْ كَمَا فِي "الْمَغْنِيِّ"، وَاشْتَرَاطُ الْحَتْمِ لَيْسَ بِشَرْطٍ إِلَّا إِذَا كَانَ الْكِتَابُ فِي يَدِ الْمُدْعَى، وَبِهِ يُفْتَى كَمَا ذَكَرَهُ "المُصَنَّفُ"^(٧)، "فَهَيْسَتَانِي"^(٨).

(١) فِي "د" وَ"و": ((بِمَا بِهِ)).

(٢) "الْفَتْح": كِتَابُ أَدَبِ الْقَاضِي - بَابُ كِتَابِ الْقَاضِي إِلَى الْقَاضِي ٣٨٢/٦.

(٣) فِي "الأَصْل": ((عَلَى مَعْلُومٍ لَهُ كَانَ أَوَّلِي)).

(٤) "ط": كِتَابُ الْقَضَاءِ - بَابُ كِتَابِ الْقَاضِي إِلَى الْقَاضِي وَغَيْرِهِ ٢٠٩/٣.

(٥) "الْفَتْح": كِتَابُ أَدَبِ الْقَاضِي - بَابُ كِتَابِ الْقَاضِي إِلَى الْقَاضِي ٣٨٧/٦.

(٦) "الْبَحْر": كِتَابُ الْقَضَاءِ - بَابُ كِتَابِ الْقَاضِي إِلَى الْقَاضِي وَغَيْرِهِ ٤/٧.

(٧) أَي: صَاحِبُ "النَّفَايَةِ مَخْتَصَرِ الْوَقَايَةِ" لِمَا صَدَرَ الشَّرِيعَةُ.

(٨) "جَامِعُ الرَّمُوزِ": كِتَابُ الْقَضَاءِ ٢٢٥/٢ - ٢٢٦ بِتَصْرِيفٍ.

(وسَلَّمَ) الكتابَ (إليهم بعدَ كتابةِ عُنوانِهِ في باطنِهِ) وهو أن يَكْتُبَ فيه اسمَهُ واسمَ المكتوبِ إليه وشَهرتَهُما، (فلو كان) العُنوانُ (على ظاهِرِهِ لم يُقْبَلْ)، قيل: هذا في عُرفِهِم، وفي عُرفِنا يَكُونُ على الظَّاهِرِ، فَيُعْمَلُ به.

[٢٦٥٤٠] (قوله: وسَلَّمَ الكتابَ إليهم) أي: في مجلسٍ يصحُّ حكمُهُ فيه، فلو سَلَّمَ في غير ذلك المجلسِ لم يصحَّ كما في "الكرماني"، "فَهستاني"^(١). قال في "النهاية": ((وعملُ القضاةِ اليومَ أَنهم يُسلِّمونَ المكتوبَ إلى المُدَّعي، وهو قولُ "أبي يوسف"، وهو اختيارُ الفتوى على قولِ "شمس الأئمة"^(٢)، وعلى قولِ "أبي حنيفة" يُسمُّ المكتوبَ إلى الشَّهودِ، كذا وَجَدْتُ بخطَّ شيخِي)) اهـ. ثمَّ قال: ((وأجمعوا في الصَّكِّ أنَّ الإِشهادَ لا يصحُّ ما لم يَعْلَمْ الشَّاهدُ ما في الكتابِ، فاحفظْ هذه المسألة، فإنَّ النَّاسَ اعتادوا بخلاف ذلك)) اهـ "سعدية"^(٣). لكنَّ بُنَّاي دَعَوَى الإجماعَ ما سيأتي^(٤) عن "أبي يوسف"، وقَدَّمَ "المُصنِّف"^(٥) في باب الاستحقاق: ((لا يُحكمُ بِسِجِلِّ الاستحقاقِ بِشهادةِ أَنه كتابٌ كذا، بل لا بدَّ من الشَّهادةِ على مضمونِهِ، وكذا ما سيؤيِّدُ نَقْلُ الشَّهادةِ والوكالةِ)) اهـ، ومثلهُ في "الغرر"^(٦). فهذا صريحٌ في أنَّ كتابَ نَقْلِ الشَّهادةِ والوكالةِ لا يَحْتَاجُ للشَّهادةِ على مضمونِهِ، ومقتضاه: أَنه لا حاجةَ لقراءتِهِ على الشَّهودِ أيضاً، والظَّاهِرُ أَنه مبنيٌّ على قولِ "أبي يوسف" الآتي^(٧)، تأملْ.

[٢٦٥٤١] (قوله: وشَهرتَهُما) أفاد أنَّ الاسمَ وحدهُ لا يكفي بلا شَهرَةٍ بكنيةٍ ونحوها،

(قوله: لكنَّ بُنَّاي دَعَوَى الإجماعَ ما سيأتي إلخ) بِحَمْلِ الصَّكِّ على المُتبادِرِ مِن وثيقةِ القَرْضِ ونحوهِ تَنديعُ المناقاةِ، تأملْ.

- (١) "جامع الرموز": كتاب القضاء ٢/٢٢٦.
- (٢) انظر "المبسوط": كتاب النكاح - باب الوكالة في النكاح ٥/١٧، وكتاب الوكالة - باب كتاب القاضي إلى القاضي في الوكالة ١٩/٢٧.
- (٣) "الحواشي السعدية": كتاب أدب القاضي - باب كتاب القاضي إلى القاضي ٦/٣٨٧ (هامش "فتح القدير").
- (٤) المقولة [٢٦٥٤٢] قوله: ((واكتفى "الثاني" إلخ)).
- (٥) ١٥/٣٣٢ - ٣٣٣ "در".
- (٦) "الدرر والغرر": كتاب البيوع - باب الاستحقاق ٢/١٩٢ - ١٩٣.
- (٧) المقولة [٢٦٥٤٢] قوله: ((واكتفى "الثاني" إلخ)).

واكتفى "الثاني" بأن يشهدهم أنه كتابه، وعليه الفتوى كما في "العزمية" عن "الكفاية"^(١)، وفي "الملتقى": ((وليس الخبر كالعيان^(٢)))،.....

قال في "الفتح"^(٣): ((ولو كان العنوان من فلان [٢٣١/٣] إلى فلان أو من أبي فلان إلى أبي فلان لا يُقبل؛ لأن مجرد الاسم أو الكنية لا يُعرف به، إلا أن تكون الكنية مشهورة مثل: "أبي حنيفة"، و"ابن أبي ليلى"، وكذلك النسبة إلى أبيه فقط كـ "عمر بن الخطاب" و"علي بن أبي طالب"، وقيل: هذا رواية، وفي سائر الروايات لا يُقبل الكنية المشهورة؛ لأن الناس يشتركون فيها، ويشتهر بها بعضهم، فلا يُعلم أن المكتوب إليه هو المشهور بها أو غيره، بخلاف ما لو كتب إلى قاضي بلدة كذا، فإنه في الغالب يكون واحداً، فيحصل التعريف بالإضافة إلى محل ولايته)) اهـ مُنْصَافاً. قال في "النهر"^(٤): ((ويكتب فيه اسم المدعى والمدعى عليه وجنهما، ويذكر^(٥) الحق والشهود إن شاء، وإن شاء اكتفى بذكر شهادتهم، ومن الشروط أن يكتب فيه التاريخ، فلو لم يكتبه لا يُقبل)) اهـ، أي: ليعلم أنه^(٦) كان قاضياً حال الكتابة كما في "الفتح"^(٧).

[٢٦٥٤٢] قوله: واكتفى "الثاني" (إلخ) الذي في "العزمية" عن "الكفاية" هو عبارة "النهاية" التي ذكرناها آنفاً^(٨)، وعبارة "الملتقى"^(٩) هكذا: ((و"أبو يوسف" لم يشترط شيئاً من ذلك سوى شهادتهم أنه كتابه لَمَّا ابتلي بالقضاء، واختار "السرخسي"^(١٠) قوله، وليس الخبر كالعيان)) اهـ،

(١) "الكفاية": كتاب أدب القاضي - باب كتاب القاضي إلى القاضي ٣٨٧/٦ ذيل "فتح القدير".

(٢) وقد ورد في المثل: ((ليس الخبر كالعناية))، ويروى أن سيدنا رسول الله ﷺ أول من قاله اهـ "جمع الأمثال" ١٨٢/٢.

(٣) "الفتح": كتاب أدب القاضي - باب كتاب القاضي إلى القاضي ٣٨٧/٦.

(٤) "النهر": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٤٣٣/ب باختصار.

(٥) في "ن": ((بذكر)) بالباء الموحدة.

(٦) في "ن": ((ن)).

(٧) "الفتح": كتاب أدب القاضي - باب كتاب القاضي إلى القاضي ٣٨٧/٦ بتصرف.

(٨) المقولة [٢٦٥٤٠] قوله: ((وسلم الكتاب إليهم)).

(٩) "ملتقى الأبحر": كتاب القضاء - فصل: إذا شهدوا إلخ ٧٤/٢.

(١٠) "المبسوط": كتاب أدب القاضي - باب كتاب القاضي إلى القاضي ٩٦/١٦ بتصرف.

(فإذا وصل إلى المكتوب إليه نظر إلى ختمه) أولاً، (ولا يقبله) أي: لا يقرؤه (إلا بحضور الخصم وشهوده، ولا بد من إسلام شهوده ولو كان لذي مي على ذمي)؛

أي: أن "أبا يوسف" باشر القضاء مدةً مديدةً، فاختار ذلك لما عاين المشقة في الشروط المارة، فلذا اختار "السرخسي" قوله، وظاهره أن الختم ليس بشرط عنده، وظاهر "الفتح" ^(١) أنه رواية عنه، قال ^(٢): ((ولا شك عندي في صحته، فإن الفرض عدالة حاملة الكتاب، فلا يضّر عدم ختمه مع شهادتهم أنه كتابه، نعم إذا كان الكتاب مع المدعي ينبغي اشتراط الختم لاحتمال التغير، إلا أن يشهدوا بما فيه حفظاً)).

[٢٦٥٤٣] (قوله: أي: لا يقرؤه) أشار إلى ما في "البحر" ^(٣) عن "الفتح" ^(٤): ((من أن المراد من عدم قبوله بلا خصم عدم قراءته لا مجرد قبوله؛ لأنه لا يتعلق به حكم)) اهـ.
 [٢٦٥٤٤] (قوله: إلا بحضور الخصم وشهوده) أي: شهود أنه كتاب فلان القاضي، وأنه ختمه، "نهر" ^(٥). وزاد بعد هذا في "الكنز" ^(٦): ((فإن شهدوا أنه كتاب فلان القاضي سلمه إلينا في مجلس حكمه وقرأه علينا وختمه فتحة القاضي، وقرأه على الخصم وألزمه بما فيه))، قال في "البحر" ^(٧): ((يعني: إذا ثبتت عدالتهم، بأن كان يعرفهم بها، أو وجد في الكتاب عدالتهم، أو سأل من يعرفهم من الثقات فزكوا، وأما قبل ظهور عدالتهم فلا يحكم به، ولا يلزم الخصم))، ثم ذكر قول "أبي يوسف" المارة ^(٨).

(١) "الفتح": كتاب أدب القاضي - باب كتاب القاضي إلى القاضي ٣٨٧/٦.

(٢) "الفتح": كتاب أدب القاضي - باب كتاب القاضي إلى القاضي ٣٨٧/٦ بتصرف.

(٣) "البحر": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٤/٧.

(٤) "الفتح": كتاب أدب القاضي - باب كتاب القاضي إلى القاضي ٣٨٨/٦ بتصرف.

(٥) "النهر": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٤٣٣/ب بتصرف.

(٦) انظر "شرح العيني على الكنز": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٨٨/٢.

(٧) "البحر": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٤/٧.

(٨) المقولة [٢٦٥٤٢] قوله: ((واكتفى "الثاني" إلخ)).

لشهادتهم على فعل المسلم، (إلا إذا أقرَّ الخصم فلا حاجة إليهم) أي: الشهود، (بخلاف كتاب الأمان) في دار الحرب (حيث لا يحتاج إلى بيّنة) لأنه ليس بمُلزِم. وفي "الأشباه": ((لا يُعملُ بالخطِّ إلا في مسألة كتاب الأمان،

[٢٦٥٤٥] (قوله: لشهادتهم على فعل المسلم) وهو أنه كتب الكتاب وختمه وقرأه عليهم

وسلمه إليهم.

[٢٦٥٤٦] (قوله: إلا إذا أقرَّ الخصم) أي: بأنه كتاب فلان القاضي.

[٢٦٥٤٧] (قوله: بخلاف كتاب الأمان) معناه: إذا جاء الكتاب من ملكهم بطلب الأمان،

"بحر" (١) عن "العناية" (٢).

[٢٦٥٤٨] (قوله: لأنه ليس بمُلزِم) لأنَّ له أن لا يُعطِيهم الأمان بخلاف كتاب القاضي، فإنه يجبُ

على القاضي المكتوب إليه أن ينظر فيه ويعمل به، ولا بد للمُزِم من الحجة، وهي البيّنة، "فتح" (٣).

(فرغ)

لو مرَّضَ شهودُ الكتاب في الطريق أو الرجوع إلى بلدِهِم أو السَّفرِ إلى بلدةٍ أُخرى،

فأشهدوا قوماً على شهادتهم جاز، وتأمَّه في "الخاتمة" (٤).

مطلب: لا يُعملُ بالخطِّ

[٢٦٥٤٩] (قوله: لا يُعملُ بالخطِّ) عبارة "الأشباه" (٥): ((لا يُعتمدُ على الخطِّ، ولا يُعملُ

(قول "الشارح": لأنه ليس بمُلزِم) هو وإن كان غير مُلزِم إلا أنه يثبت الأمان لحامله، فإنَّ الرَّسولَ

لا يحتاجُ إلى أمان خاصٍّ كما في "السَّندي" عن "البحر". والظاهر: أنَّ العلة في عدم اشتراط البيّنة على أنه كتابُ ملكٍ أهل الحرب هو التَّعذُّرُ غالباً، وانظر ما يأتي أوَّل كتاب الشَّهادة.

(١) "البحر": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٤/٧.

(٢) "العناية": كتاب أدب القاضي - باب كتاب القاضي إلى القاضي ٣٨٦/٦ بتصرف (هامش "فتح القدير").

(٣) "الفتح": كتاب أدب القاضي - باب كتاب القاضي إلى القاضي ٣٨٦/٦.

(٤) انظر "الخاتمة": كتاب الشهادات - فصل في الشهادة على الشهادة ٤٨٦/٢ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٥) "الأشباه والنظائر": الفن الثاني: الفوائد - كتاب القضاء والشهادات والدعاوي ص ٢٥٧-٢٥٨.

وَيُلْحَقُ بِهِ الْبَرَاءَاتُ،

بمكتوب الوقف الذي عليه خُطوطُ القضاةِ الماضينَ)) إلخ، قال "البيري"^(١): ((المرادُ من قوله: لا يُعتمدُ أي: لا يقضي القاضي بذلك عند المنازعة؛ لأنَّ الخطَّ مما يُزورُّ ويُفتعلُ كما في "ختنصر الظهيرية"^(٢)، وليس منه ما في دواوين القضاة)) إلى آخر ما قدَّمناه^(٣) أوَّلَ القضاءِ عند قوله: ((فإذا تقلَّدَ طلبَ ديوانِ قاضي قبْلَهُ))، فراجعهُ.

[٢٦٥٥٠] (قوله: ويُلْحَقُ بِهِ الْبَرَاءَاتُ) عبارة "الأشباه"^(٤): ((ويمكنُ إلحاقُ البراءاتِ السُّلطانيَّةِ المتعلِّقةِ بالوظائفِ إنْ كانتِ العِلَّةُ [٢/٢٣١ق/٢] - يعني: كتابُ الأمان - لا يُزورُّ، وإنْ كانتِ العِلَّةُ الاحتياطُ في الأمانِ لِحقِّقِ الدَّمِ فلا)).

أقول: يجبُ المصيرُ إلى الأخير، "سائحاني"، أي: لإمكانِ التزويرِ، بل قد وقَّعَ كما ذكرهُ "الحموي"^(٥)، وحينئذٍ فلا يصحُّ الإلحاقُ، ولكن قد عَلِمْتُ أنَّ العِلَّةَ في كتابِ الأمانِ أَنَّهُ غيرُ مُلزمٍ، وقدَّمنا^(٦) أوَّلَ القضاءِ استظهارُ كونِ عِلَّةِ العملِ بما له رُسومٌ في دواوين القضاةِ الماضينَ هي الضَّرورةُ، وهنا كذلك، فَإِنَّهُ يَتَعَذَّرُ إقامةُ البَيِّنَةِ على ما يَكْتَبُهُ السُّلْطَانُ من البراءاتِ لأصحابِ الوظائفِ ونحوِهِم، وكذا منشورُ القاضي والوالي وعامةُ الأوامرِ السُّلطانيَّةِ مع جريانِ العُرفِ والعادةِ بقبولِ ذلكِ بمجردِ كتابتِهِ، وإمكانُ تزويرِها على السُّلْطَانِ لا يَدْفَعُ ذلكَ؛ لأنَّهُ وإنْ وقَّعَ فهو أمرٌ نادرٌ قلَّمَا يقعُ، وهو أندرُ من إمكانِ تزويرِ الشُّهودِ، وهو أولى بالقبولِ من دفترِ الصَّرَافِ ونحوِهِ، فَإِنَّهُمْ عَمِلُوا بِهِ لِلْعُرفِ كما يَأْتِي^(٧).

٣٥٢/٤

(١) "عمدة ذوي البصائر": الفن الثاني: الفوائد - كتاب القضاء والشهادات والدعاوى ق ١١٥/أ باختصار.

(٢) المسمى بـ: "المسائل البدرية المنتخبة من الفتاوى الظهيرية" للعبيني (٨٥٥هـ)، وتقدمت ترجمته ١٢/٤٠٠.

(٣) المقولة [٢٦٠٤٣] قوله: ((فإذا تقلَّدَ طلبَ ديوانِ قاضي قبْلَهُ)).

(٤) "الأشباه والنظائر": الفن الثاني: الفوائد - كتاب القضاء والشهادات والدعاوى ص ٢٥٧.

(٥) "غمر عيون البصائر": الفن الثاني: الفوائد - كتاب القضاء والشهادات والدعاوى ٢/٣٠٩.

(٦) المقولة [٢٦٠٤٣] قوله: ((فإذا تقلَّدَ طلبَ ديوانِ قاضي قبْلَهُ)).

(٧) في المقولة الآتية.

مطلب في العمل بما في الدفاتر السلطانية

وذكر العلامة "البغلي" في "شرح" على "الأشباه"^(١): ((أن للشارح العلامة الشيخ "علاء الدين" رسالة^(٢) حاصلها - بعد نقله ما في "الأشباه"، وأن "ابن الشحنة"^(٣) و"ابن وهبان" حزمًا بالعمل بدفتر الصراف ونحوه لعلّة أمن التزوير كما حزم به "البرزاري"^(٤) و"السرخسي"^(٥) و"قاضي خان"^(٦) - قال: إن هذه العلّة في الدفاتر السلطانية أولى كما يعرفه من شاهد أحوال أهلها حين نقلها، إذ لا تحرر أولاً إلا بإذن السلطان، ثم بعد اتفاق الجسم الغفير على نقل ما فيها من غير تساهل بزيادة أو نقصان تعرض على المعين لذلك فيضخ خطه عليها، ثم تعرض على المتولي لحفظها المسمى بدفتر أميني فيكتب عليها، ثم تعاد أصولها إلى أمكنيتها المحفوظة بالختم، فالأمن من التزوير مقطوع به، وبذلك كله يعلم جميع أهل الدولة والكتبة، فلو وجد في الدفاتر أن المكان الفلاني وقف على المدرسة الفلانية مثلاً يعمل به من غير بينة، وبذلك يفتي مشايخ الإسلام كما هو مصرّح به في "بهجة" "عبد الله أفندي"^(٧) وغيرها، فليحفظ)). اهـ.

قلت: ويؤيده العمل بما في دواوين القضاة الماضين، وكأن مشايخ الإسلام المولّين في الدولة العثمانية أفتوا بما ذكر إلحاقاً للدفاتر السلطانية بدواوين القضاة المذكورة لاتحاد العلّة فيهما، والله سبحانه أعلم. لكن قدّمنا^(٨) في الوقف عن "الخيرية": ((أنه لا يثبت الوقف مجرد وجوده في الدفتر السلطاني)).

(١) المسمى "التحقيق الباهر شرح الأشباه والنظائر" لهبة الله التاجي (ت ١٢٢٤هـ)، وتقدمت ترجمته ١٨٩/١.

(٢) لم نقف عليها.

(٣) "تفصيل عقد الفرائد": فصل من كتاب الشهادات - جواز الشهادة على خط السمسار ٣٢٥/١.

(٤) "البرازية": كتاب الإقرار - الفصل الأول فيما يكون إقراراً ٤٤٥/٥ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٥) لم نعر عليها في مظانها من مطبوعة "المبسوط" التي بين أيدينا.

(٦) "الخانية": كتاب الدعوى والبيات - باب ما يطل دعوى المدعي قبل القضاء أو بعده ٤٤٢/٢ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٧) المسماة "بهجة الفتاوى"، وتقدمت ترجمتها ٥٩٤/١٣.

(٨) المقولة [٢١٦٥٨] قوله: ((وقوّه في "الفتح" بقولهم إلخ)).

ودفتر بَيَّاعٍ وَصَرَافٍ وَسِمْسَارٍ^(١)،.....

مطلب في دفتر البَيَّاع والصَّرَافِ والسِّمْسَارِ

[٢٦٥٥١] قوله: ودفتر بَيَّاعٍ وَصَرَافٍ وَسِمْسَارٍ عطف على ((كتاب الأمان))، فإنَّ هذا منصوبٌ عليه لا ملحقٌ به، فقد قال في "الفتح"^(٢) من الشَّهادات: ((إنَّ خَطَّ السِّمْسَارِ والصَّرَافِ حُجَّةٌ للعرفِ الجاري به)) اهـ. قال "البيري"^(٣): ((هذا الذي في غالبِ الكتبِ حتَّى "المنجبي"، فقال في الإقرار: وأما خَطُّ البَيَّاع والصَّرَافِ والسِّمْسَارِ فهو حُجَّةٌ وإنَّ لم يكن مُصدِّراً معنَوناً يُعرفُ ظاهراً بينَ النَّاسِ، وكذلك^(٤) ما يَكْتُبُ النَّاسُ فيما بينهم يجبُ أن يكونَ حُجَّةً للعرفِ اهـ. وفي "خزانة الأكمال": صَرَافٌ كَتَبَ على نفسه بِمَالٍ معلومٍ وخَطُّهُ معلومٌ بينَ التُّجَّارِ وأهلِ البلدِ، ثُمَّ مات، فجاءَ غَريبٌ يَطْلُبُ المَالَ مِنَ الوَرِثَةِ وعَرَضَ خَطُّ المِيتِ بحيثَ عَرَفَ النَّاسُ خَطُّهُ يَحْكُمُ بذلك في تَرَكَتِهِ إنَّ ثَبَتَ أَنَّهُ خَطُّهُ، وقد جَرَتْ العادةُ بينَ النَّاسِ بِمِثْلِهِ حُجَّةً اهـ. قال العلامةُ "العيني"^(٥): والبناءُ على العادةِ الظَّاهِرةِ واجبٌ، فعلى هذا إذا قال البَيَّاعُ: وَجَدْتُ في يادِ كاري^(٦) بِخَطِّي، أو كَتَبْتُ في يادِ كاري^(٦) بيديَّ أَنَّنِي لفلانٍ عليَّ ألفَ درهمٍ كانَ هذا إقراراً مُلْزِماً بِإِثَابِهِ. أقولُ: ويُزَادُ أَنَّ العَمَلَ في الحَقِيقَةِ إنما هو لِمَوْجِبِ العُرفِ لا بِمَجَرَّدِ الخَطِّ، والله أعلم. وبهذا عُرِفَ أَنَّ قولَهُم فيما إذا ادَّعى رَجُلٌ مالاً وأُخْرِجَ بِالمالِ خَطُّاً، وادَّعى أَنَّهُ خَطُّ المُدَّعَى عليه، فَأُنْكَرَ كَوْنُ الخَطِّ خَطُّهُ، فَاسْتَكْتَبَ فَكَتَبَ، وكانَ بينَ الخَطِّينِ مُشَابَهَةٌ ظاهِرةٌ تدلُّ على أَنَّهُمَا خَطُّ كاتبٍ واحدٍ اِخْتَلَفَ فيه المَشايخُ، والصَّحِيحُ أَنَّهُ لا يَقْضَى بذلك، فَإِنَّهُ لو قال: هذا خَطِّي وليس عليَّ هذا [١/٢٣٢ق/٣]

(١) في هامش "د": ((وهو المسمى بالجرَّاد في زماننا)).

(٢) "الفتح": كتاب الشَّهادات - فصل يتعلَّق بِكَيْفِيَةِ الأداءِ ومُسَوِّغُهُ ٤٦٤/٦.

(٣) "عمدة ذوي البصائر": الفن الثاني: الفوائد - كتاب القضاء والشَّهادات والدَّعاوى ق ١١٥/أ - ب.

(٤) في "م": ((وكذا)).

(٥) لم نعر على المسألة في "النباية" ولا في "رمز الحقائق".

(٦) في "الأصل" و"٣": ((باركار))، وقال ابن عابدين رحمه الله في "منحة الخالق على البحر الرائق" ٦٩/٧: ((باركار:

بالياء المثناة من تحت والراء المهملة آخرها راء، مركَّبٌ معناه المذكَر، وهو هنا الدفتر))، وقد ذَكَرْتُ هَكَذَا بالياء في

هامش مخطوطة "البحر" ٣/٣٠٤ ق/٣.

المالُ كان القولُ قوله، يُستثنى منه ما إذا كان الكاتبُ سَمِساراً أو صَرافاً أو نحو ذلك ممَّن يُؤخَذُ بِخَطِّهِ، كذا في "قاضي خان"^(١))) اهـ كلامُ "البيري".

قلتُ: ويُستثنى منه أيضاً ما قدَّمناه^(٢) أوَّلَ البابِ مِن كتابة القاضي إلى الأمير الذي ولَّاهُ، وكذا ما سيذكرُهُ "الشَّارحُ"^(٣) في الشَّهاداتِ^(٤) عن "شرح الوهبائية" و"الملتقط"، وهو: ((ما إذا كان على وجهِ الرِّسالةِ مُصدِّراً مُعَوَّناً)) اهـ. وهو أن يَكُتَبَ في صدرِهِ: مِن فلانٍ إلى فلانٍ على ما جَرَتْ به العادةُ، فهذا كالنطقِ، فلزِمَ حُجَّةٌ كما في "الملتقى"^(٥) و"الزَّيْلَعِي"^(٦) مِن مسائلٍ شَتَّى آخرَ الكتابِ، ومثلهُ في "الهداية"^(٧) و"الحانية"^(٨)، وهذا إذا اعترفَ أنَّ الخطَّ خطُّه فإنَّه يَلزِمُهُ ما فيه وإن أنكرَ أن يكونَ في ذِمَّتِهِ ذلك المالُ، بخلافِ ما إذا لم يكن مُصدِّراً مُعَوَّناً كما هو صريحُ "الحانية"^(٨)، وهذا ذَكَرُوهُ في الأُخرسِ، وذَكَرَ في "الكفاية"^(٩) آخرَ الكتابِ عن "الشَّافِي"^(١٠): ((أنَّ الصَّحيحَ مثلُ الأُخرسِ، فإذا كان مُستَبيناً مرسوماً وثبتَ ذلك بإقرارِهِ أو ببيِّنَةٍ فهو كالخطابِ)) اهـ. ومقتضى كلامهم اختصاصُ ذلك بكونِهِ على وجهِ الرِّسالةِ إلى الغائبِ، وهو أيضاً مُفادُ كلامِ "الفتح"^(١١) في الشَّهاداتِ، فراجعهُ.

(١) "الحانية": كتاب الذُّعوى واليِّبَات - باب ما يطل دعوى المُدَّعي قبل القضاء أو بعده ٤٤٢/٢ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) المقولة [٢٦٥٢٧] قوله: ((إلى القاضي)).

(٣) انظر "الدر" عند المقولة [٢٦٨٤٨] قوله: ((لا يُصدَّق)).

(٤) ((في الشَّهادات)) ليست في "ب" و"م".

(٥) "ملتقى الأبحر": مسائل شتى ٣٣٦/٢ بتصرف.

(٦) "تبيين الحقائق": مسائل شتى ٢١٨/٦.

(٧) "الهداية": كتاب أدب القاضي - باب كتاب القاضي إلى القاضي ١٠٦/٣ بتصرف.

(٨) "الحانية": كتاب الشَّهادات - فصلٌ مِنْ كتاب القاضي إلى القاضي ٤٨٨/٢ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٩) "الكفاية": مسائل شتى ٤٤٨/٩ (ذيل "فتح القدير").

(١٠) "الشَّافِي": لشمس الأئمة الكردي، وتقدِّمت ترجمته ٢٠٦/١٢.

(١١) "الفتح": كتاب الشَّهادات - فصلٌ يتعلَّقُ بكيفية الأداء ومُسَوِّغُهُ ٤٦٤/٦.

لكن في شهادته "البحر" ^(١) عن "البرازية" ^(٢) ما يدل على أنه لا فرق في المعنوي بين كونه لغائب أو لحاضر، ومثله ما في "فتاوى قارئ الهداية" ^(٣): ((إذا كُتِبَ على وجه الصكوك يلزمه المال، وهو أن يكتب: يقول فلان الفلاني: إن في ذمتي لفلان الفلاني كذا وكذا، فهو إقرار يلزم، وإن لم يكتب على هذا الرسم فالقول قوله مع يمينه)) اهـ.

[مطلب: دفاتر التجار في الحسابات اليوم دليل معتبر فيما يكتبونه على أنفسهم،

بخلاف ما يكتبونه لأنفسهم]

قلت: والعادة اليوم في تصديرها بالعنوان أنه يقال فيها: سبب تحريره هو أنه ترتب في ذمة فلان الفلاني إلخ، وكذا الوصول الذي يقال فيه: وصل إلينا من يد فلان الفلاني كذا، ومثله ما يكتبه الرجل في دفتره مثل قوله: علم بيان الذي في ذمتنا لفلان الفلاني، فهذا كله مصدر معنوي جرت العادة بتصديره بذلك، وهو مفاد كلام "قارئ الهداية" المذكور، فمقتضاه أن هذا كله إذا اعترف بأنه خطه يلزمه، وإن لم يكن مصدراً معنوياً لا يلزمه إذا أنكر المال وإن اعترف بكونه كتبه بخطه، إلا إذا كان يباعاً أو صرافاً أو سمساراً، لما في "الحانية" ^(٤): ((وصلك الصراف والسمسار حجة عرفاً)) اهـ، فشمل ما إذا لم يكن مصدراً معنوياً، وهو صريح ما مر ^(٥) عن "المجتبى"، وما إذا لم يعترف بأنه خطه كما هو صريح ما مر ^(٥) عن "الخزانة".

ثم إن قول "المجتبى": ((وكذا ما يكتب الناس فيما بينهم إلخ)) يفيد عدم الاقتصاد على الصراف والسمسار والبيع، بل مثله كل ما جرت العادة به، فيدخل فيه ما يكتبه الأمراء

(١) "البحر": كتاب الشهادات ٦٩/٧.

(٢) "البرازية": كتاب الإقرار - الفصل الأول فيما يكون إقراراً - نوع في ألفاظ تذكر ابتداءً والإشارة والكتابة وصل الإقرار ٤٤٩/٥ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٣) "فتاوى قارئ الهداية": مسألة: إذا كتب شخص ورقة بخطه ص ١٠٣ - بتصريف.

(٤) "الحانية": كتاب الدعوى والبيئات - باب ما يبطل دعوى المدعي قبل القضاء أو بعده ٤٤٢/٢ بتصريف (هامش "الفتاوى الهندية").

(٥) في هذه المقولة.

والأكابر ونحوهم ممن يتعدّر الإشهاد عليهم، فإذا كتب وصولاً أو صكاً بدين عليه وختمه بخاتمه المعروف فإنه في العادة يكون حجة عليه بحيث لا يمكنه إنكاره، ولو أنكره يُعدّ بين الناس مكابراً، فإذا اعترف بكونه خطه وختمه وكان مُصدراً معنوياً فينبغي القول بأنه يلزمه، وإن لم يعترف به أو وجد بعد موته فمقتضى ما في "المحتسب" أنه يزّمه أيضاً عملاً بالعرف كدفتير الصّراف ونحوه، ومثله ما إذا وجد في صندوقه مثلاً صرة دراهم مكتوب عليها: هذه أمانة فلان الفلاني، فإن العادة تشهد بأنه لا يكتب بخطه ذلك على دراهمه.

ثم أعلم أنّ هذا كله فيما يكتبه على نفسه كما قيّده بعض المتأخرين، وهو ظاهر، بخلاف ما يكتبه لنفسه، فإنه لو ادّعاه بلسانه صريحاً لا يؤخذ خصمه به، فكيف إذا كتبه؟ ولذا قيّده في "الخزانة" بقوله: ((كتب على نفسه)) كما مر^(١)، وذكر في "شرح الوهبانية"^(٢): ((أئمة بلخ قالوا: ياركار^(٣) البياع حجة لازمة عليه، فإن قال البياع: [ب/٢٢٢ق/٣] وجدت بخطي أنّ عليّ لفلان كذا لزّم، قال "السرخسي"^(٤): وكذا خط السمسار والصّراف)) اهـ. فقوله: ((أنّ عليّ لفلان إلخ)) صريح في ذلك، وأمّا قول "ابن وهبان" في تعليل المسألة: ((لأنه لا يكتب إلا ما له وعليه)) فمراده أنّ البياع ونحوه لا يكتب في دفتره شيئاً على سبيل التجربة للخط أو اللهو واللعب، بل لا يكتب إلا ما له أو عليه، ولا يلزم من هذا أن يعمل بكتابه في الذي له كما لا يخفى، خلافاً لمن فهم منه ذلك، ويجب تقييده أيضاً بما إذا كان دفتره محفوظاً عنده، فلو كانت كتابته فيما عليه في دفتر خصمه فالظاهر أنّه لا يعمل به خلافاً لما بحثه "ط"^(٥)؛

(قوله: فالظاهر أنّه لا يعمل به خلافاً لما بحثه "ط") ما سبق له دالٌّ على ما قاله "ط".

(١) في هذه المقالة.

(٢) "تفصيل عقد الفرائد": فصل من كتاب الشهادات - جواز الشهادة على خط السمسار ٣٢٦/١.

(٣) في "الأصل" و"أ": ((باركار))، وانظر تعليقنا المتقدم ص ٥٦٢.

(٤) لم نثر عليها في مظانها من مطبوعة "المبسوط" التي بين أيدينا.

(٥) "ط": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٢١١/٣.

وَجَوَزَهُ "مُحَمَّدٌ" لِرَاوٍ وَقَاضٍ وَشَاهِدٍ إِنْ تَيَقَّنَ بِهِ، قِيلَ: وَبِهِ يُفْتَى.....

لَأَنَّ الْخَطَّ مِمَّا يُزَوَّرُ، وَكَذَا لَوْ كَانَ لَهُ كَاتِبٌ وَالدَّفْتَرُ عِنْدَ الْكَاتِبِ؛ لِاحْتِمَالِ كَوْنِ الْكَاتِبِ كَتَبَ ذَلِكَ عَلَيْهِ بِلَا عَلَيْهِ، فَلَا يَكُونُ حُجَّةً عَلَيْهِ إِذَا أَنْكَرَهُ أَوْ ظَهَرَ^(١) ذَلِكَ بَعْدَ مَوْتِهِ وَأَنْكَرَتْهُ الْوَرِثَةُ، خِلَافًا لِمَنْ حَكَمَ فِي عَصْرِنَا بِذَلِكَ لِلذِّمِّيِّ ادَّعَى عَلَى وَرِثَةِ تَاجِرٍ لَهُ كَاتِبٌ ذِمِّيٌّ وَدَفْتَرُ التَّاجِرِ عِنْدَ كَاتِبِهِ الذِّمِّيِّ، فَقَدْ كُنْتُ أَفْتَيْتُ بِأَنَّهُ حَكَمٌ بَاطِلٌ، وَكَوْنُ الْمُدَّعِيِ وَالْكَاتِبِ ذِمِّيَّيْنِ يَقْوِي شُبْهَةَ التَّزْوِيرِ وَأَنَّ الْكِتَابَةَ حَصَلَتْ بَعْدَ مَوْتِ التَّاجِرِ، وَتَمَامُ الْكَلَامِ فِي كِتَابِنَا "تَنْقِيحُ الْحَامِدِيَّةِ"^(٢).

[٢٦٥٥٢] (قَوْلُهُ: إِنْ تَيَقَّنَ بِهِ) أَي: بِأَنَّهُ خَطٌّ مَن يَرَوِي عَنْهُ فِي الْأَوَّلِ، وَبِأَنَّهُ خَطٌّ نَفْسِهِ

فِي الْأَخِيرِينَ. اهـ "ح"^(٣).

[٢٦٥٥٣] (قَوْلُهُ: قِيلَ: وَبِهِ يُفْتَى) قَالَ فِي "خَزَانَةِ الْأَكْمَلِ": ((أَجَاوَزَ "أَبُو يُوسُفَ"

و"مُحَمَّدٌ" الْعَمَلَ بِالْخَطِّ فِي الشَّاهِدِ وَالْقَاضِيِ وَالرَّائِي إِذَا رَأَى خَطَّهُ وَلَمْ يَتَذَكَّرِ الْحَادِثَةَ))، قَالَ فِي "الْعَيُونِ"^(٤): ((وَالْفَتَوَى عَلَى قَوْلِهِمَا إِذَا تَيَقَّنَ أَنَّهُ خَطُّهُ سَوَاءٌ كَانَ فِي الْقَضَاءِ أَوْ الرِّوَايَةِ أَوْ الشَّهَادَةِ عَلَى الصَّكِّ وَإِنْ لَمْ يَكُنِ الصَّكُّ فِي يَدِ الشَّاهِدِ؛ لِأَنَّ الْغَلَطَ نَادِرٌ، وَأَثَرُ التَّغْيِيرِ يُمَكِّنُ الْإِطْلَاعَ عَلَيْهِ، وَقَلَمًا يَشْتَبِهُ الْخَطَّ مِنْ كُلِّ وَجْهِ، فَإِذَا تَيَقَّنَ حَازَ الْإِعْتِمَادَ عَلَيْهِ تَوْسِيعَةً عَلَى النَّاسِ)) اهـ "حَمَوِي"^(٥). لَكِنْ سِيَذَكَّرُ^(٦) "الشَّارَحُ" فِي الشَّهَادَاتِ قَبِيلَ بَابِ الْقَبُولِ مَا نَصَّهُ:

(قَوْلُهُ: أَي: بِأَنَّهُ خَطٌّ مَن يَرَوِي عَنْهُ فِي الْأَوَّلِ إلخ) أَوْ أَنَّهُ خَطُّهُ؛ إِذْ لَا فَرْقَ، وَسَيَأْتِي عَنْ "الْخَزَانَةِ".

(١) فِي "٣": ((أُظْهِرَ)).

(٢) انظر "العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية": كتاب الدعوى ٢/٢١.

(٣) "ح": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ق ٣١٠/ب.

(٤) لم نعر عليها في مطبوعة "عيون المسائل" للسمرقندي التي بين أيدينا.

(٥) "غمر عيون البصائر": الفن الثاني: الفوائد - كتاب القضاء والشهادات والدعاوى ٢/٣٠٦.

(٦) انظر "الدرر" عند المقولة [٢٦٨٦٩] قَوْلُهُ: ((عَنْ "الْبَيْهَقِيِّ")).

(ولا بدَّ من مسافة ثلاثة أيام بينَ القاضيين كالشهادة على الشَّهادة) على الظَّاهر، وجَوَزَهما "الثاني" إنَّ بحيث لا يَعُودُ في يومِهِ، وعليه الفتوى، "سُرْبَلَالِيَّةٌ" (١) و"سراجِيَّةٌ" (٢).

((وجَوَزَهُ لو في حَوْرِهِ، وبه نأخذُ، "بحر" (٣) عن "المبتغى")) اهـ. وهذا ما اختاره المحقِّقُ "ابنُ الهمام" (٤) هناك، وسيأتي (٥) تمامُهُ إنَّ شاء الله تعالى.

[٢٦٥٥٤] (قوله: ولا بدَّ من مسافة إلخ) فلو أقلَّ لا يُقْبَلُ، وفي "نوادِرِ هشامٍ" (٦): ((إذا كان في مصرٍ واحدٍ قاضيان جازَ كتابةُ أحدهما إلى الآخرِ في الأحكام))، "جوهرة" (٧) عن "الينابيع"، وكذا كتابةُ القاضي إلى الأميرِ الذي ولَّاه وهو معه في المصرِ كما مرَّ أوَّلَ الباب (٨). [٢٦٥٥٥] (قوله: على الظَّاهر إلخ) قال في "المنح" (٩): ((هذا هو ظاهرُ الرواية، وجَوَزَها "حمَّدٌ" وإنَّ كانا في مصرٍ واحدٍ، وعن "أبي يوسف": إنَّ كان في مكانٍ لو غدا لأداءِ الشَّهادة لا يَسْتَطِيعُ أن يَبَيِّنَ في أهلِهِ صحَّ الإشهادِ والكتابة، وفي "السَّراجِيَّة": وعليه الفتوى)). اهـ.

(قوله: قال في "المنح": هذا هو ظاهرُ الرواية إلخ) ما نقلَهُ عن "المنح" يُفِيدُ أنَّ الجوازَ روايةً عن "أبي يوسف" لا مذهبه، ومثلهُ في "البحر"، وظاهرُ ما في "الشَّارح" يُفِيدُ أنَّه مذهبه.

(١) "السُرْبَلَالِيَّة": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي ٤١٢/٢ (هامش "الدرر والغرر")، نقلًا عن "البرهان".

(٢) "السراجية": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي ٢٦٤/٤ بتصرف (هامش "فتاوى قاضي خان").

(٣) "البحر": كتاب الشهادات ٧٢/٧ بتصرف.

(٤) "الفتح": كتاب الشهادات - فصل يتعلق بكيفية الأداء ومسوغه ٤٦٥/٦.

(٥) المقولة [٢٦٨٦٩] قوله: ((عن "المبتغى")).

(٦) نوادر هشام الرازي (ت ٢٢١هـ)، وتقدمت ترجمته ٤٩٣/١.

(٧) "الجوهرة النيرة": كتاب آداب القاضي ٣٤٥/٢.

(٨) المقولة [٢٦٥٢٧] قوله: ((إلى القاضي)).

(٩) "المنح": كتاب القضاء - باب في بيان أحكام القاضي إلى القاضي وغيره ٦١/٢ ب.

(وَيَبْطُلُ) الْكِتَابُ (مَوْتَ الْكَاتِبِ وَعَزْلَهُ قَبْلَ وُضُولِ الْكِتَابِ إِلَى الثَّانِي أَوْ بَعْدَ وُضُولِهِ قَبْلَ الْقِرَاءَةِ)، وَأَجَاؤُهُ "الثَّانِي"، (وَأَمَّا بَعْدَهُمَا فَلَا) يَبْطُلُ (و) يَبْطُلُ. (بِجُنُونِ الْكَاتِبِ، وَرِدَّتِهِ، وَحَدِّهِ لَقَدْفٍ).....

[٢٦٥٥٦] (قَوْلُهُ: وَيَبْطُلُ الْكِتَابُ إِنْ خُذَ) هَذَا شَرْطُ آخِرِ لِقَبُولِ الْكِتَابِ وَالْعَمَلِ بِهِ، وَهُوَ أَنْ يَكُونَ الْقَاضِي الْكَاتِبَ عَلَى قَضَائِهِ، "نَهْر" ^(١)، أَيْ: لِأَنَّهُ مِمَّنْزِلَةُ الشَّهَادَةِ، فِيمَوْتَ الْأَصْلِ قَبْلَ آدَاءِ الْفُرُوعِ الشَّهَادَةُ تَبْطُلُ شَهَادَةُ الْفُرُوعِ، فَكَذَا هَذَا، "ط" ^(٢) عَنْ "الْعَيْنِي" ^(٣).

[٢٦٥٥٧] (قَوْلُهُ: قَبْلَ وُضُولِ الْكِتَابِ إِنْ خُذَ) لَوْ اقْتَصَرَ عَلَى قَوْلِهِ: ((قَبْلَ الْقِرَاءَةِ ^(٤))) لِأَغْنَاهُ، وَلِذَا قَالَ فِي "الْفَتْح" ^(٥): ((الْعِبَارَةُ الْجَيِّدَةُ أَنْ يُقَالَ: لَوْ مَاتَ قَبْلَ قِرَاءَةِ الْكِتَابِ لَا قَبْلَ وُضُولِهِ؛ لِأَنَّ وُضُولَهُ قَبْلَ ثُبُوتِهِ عِنْدَ الْمَكْتُوبِ إِلَيْهِ وَقِرَاءَتِهِ لَا يُوجِبُ شَيْئًا)) اهـ.

[٢٦٥٥٨] (قَوْلُهُ: فَلَا يَبْطُلُ) أَيْ: فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ، "بَحْر" ^(٦).

[٢٦٥٥٩] (قَوْلُهُ: وَيَبْطُلُ بِجُنُونِ الْكَاتِبِ إِنْ خُذَ) فِي "الْحَانِئَةِ" ^(٧): ((وَأِنْ عُرِلَ الْقَاضِي الْكَاتِبُ أَوْ مَاتَ بَعْدَمَا وَصَلَ الْكِتَابُ إِلَى الْآخِرِ فَإِنَّهُ يَعْمَلُ بِهِ؛ لِأَنَّ الْمَوْتَ وَالْعَزْلَ لَيْسَ بِحَرْجٍ ^(٨)،

(قَوْلُهُ: لِأَنَّهُ مِمَّنْزِلَةُ الشَّهَادَةِ إِنْ خُذَ) هَذَا التَّعْلِيلُ مَبْنِيٌّ عَلَى مَا يَأْتِي عَنْ "الْحَانِئَةِ": ((وَمِنْ أَنَّ شَهَادَةَ الْفُرُوعِ تَبْطُلُ بِمَوْتَ الْأَصْلِ، لَا عَلَى مَا فِي التَّنُونِ مِنْ عَدَمِ الْبَطْلَانِ، بَلِ الْمَوْتُ مِنَ الْأَعْذَارِ لَتَحْمَلِ الشَّهَادَةُ وَقَبُولُهَا)). (قَوْلُهُ: لِأَنَّ الْمَوْتَ وَالْعَزْلَ لَيْسَ بِحَرْجٍ) عِبَارَةُ "الْحَانِئَةِ": ((لَيْسَ بِحَرْجٍ)).

(١) "النهر": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٤٣٣/ب.

(٢) "ط": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٢١٢/٣.

(٣) "رمز الحقائق": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٨٩/٢.

(٤) في "٣": ((قِرَاءَةُ الْكِتَابِ)).

(٥) "الفتح": كتاب أدب القاضي - باب كتاب القاضي إلى القاضي ٣٨٩/٦.

(٦) "البحر": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٤/٧.

(٧) "الحانية": كتاب الشهادات - فصل من كتاب القاضي إلى القاضي ٤٨٨/٢ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٨) الذي في النسخ جميعها: ((لَيْسَ بِمُحَرِّجٍ)) وَمَا أُنْتَبَهَ مِنْ نَسَخَتِي "الْحَانِئَةِ" اللَّتَيْنِ بَيْنَ أَيْدِينَا، وَأَشَارَ إِلَى ذَلِكَ الرَّافِعِي رَحِمَهُ اللَّهُ.

وَعَمَائِهِ، وَفُسْقِهِ بَعْدَ عَدْلِيَّتِهِ؛ لَخُرُوجِهِ عَنِ الْأَهْلِيَّةِ، وَأَجَازُهُ "الثاني"،.....

بِخِلَافِ مَا إِذَا فَسَقَ الْكَاتِبُ أَوْ عَمِيَ أَوْ صَارَ بِحَالٍ لَا يَجُوزُ حُكْمُهُ وَشَهَادَتُهُ فَإِنَّ الْآخَرَ لَا يَقْبَلُ كِتَابَهُ؛ لِأَنَّ كِتَابَ الْقَاضِي، مَمْنُولَةٌ الشَّهَادَةُ، فَمَا يَمْنَعُ الْقَضَاءَ بِشَهَادَتِهِ يَمْنَعُ الْقَضَاءَ بِكِتَابِهِ)) اهـ. وظاهره أنه يبطل بذلك ولو بعد وُصُولِهِ، مع أَنَّ "الرَّيْلَعِيَّ"^(١) صَرَّحَ: ((بِأَنَّ ذَلِكَ كَعَزْلِهِ))، ثُمَّ رَأَيْتُ فِي "الْبَحْرِ"^(٢) ذَكَرَ: [٢/٢٣٣/٣] ((أَنَّ بَيْنَ كَلَامِهِمَا مُخَالَفَةً))، وَلَمْ يُجِبْ عَنْهَا، تَأَمَّلْ. وَرَأَيْتُ فِي "الْبَزَازِيَّةِ"^(٣) مِثْلَ مَا فِي "الْحَانِيَّةِ"، وَفِي "الدَّرَرِ"^(٤) مِثْلَ مَا هُنَا، فَالظَّاهِرُ أَنَّ فِي الْمَسْأَلَةِ قَوْلِينَ.

٣٥٤/٤

[٢٦٥٦٠] (قَوْلُهُ: وَعَمَائِهِ) الْأَنْسَبُ: وَعَمَاهُ بِدُونِ هَمْزٍ؛ لِأَنَّ الْعَمَى مَقْصُورٌ.
[٢٦٥٦١] (قَوْلُهُ: وَفُسْقِهِ) عَبَّرَ عَنْهُ فِي "النَّهْرِ"^(٥) بِـ ((قِيلَ))، وَقَالَ: ((إِنَّ بِنَاءً عَلَى عَزْلِهِ بِالْفِسْقِ))، وَمِثْلُهُ فِي "الْفَتْحِ"^(٦).

(قَوْلُهُ: فَمَا يَمْنَعُ الْقَضَاءَ بِشَهَادَتِهِ يَمْنَعُ الْقَضَاءَ بِكِتَابِهِ) تَمَامٌ مَا فِيهَا - أَيْ: "الْحَانِيَّةُ" - : ((وَعِنْدَ "أَبِي حَنِيفَةَ" وَ"مُحَمَّدٍ": إِذَا عَمِيَ الشَّاهِدُ بَعْدَ آدَاءِ الشَّهَادَةِ قَبْلَ الْحُكْمِ تَبَطَّلَ شَهَادَتُهُ فَيَبْطُلُ كِتَابُهُ، وَعِنْدَ "أَبِي يُوسُفَ": الْعَمَى كَالْمَوْتِ لَا يُبْطِلُ الشَّهَادَةَ)).

(قَوْلُهُ: فَالظَّاهِرُ أَنَّ فِي الْمَسْأَلَةِ قَوْلَيْنِ) لَكِنْ يُحْتَاجُ لِلْفَرَقِ بَيْنَ الْمَوْتِ وَالْعَزْلِ وَبَيْنَ غَيْرِهِمَا عَلَى مَا فِي "الْحَانِيَّةِ"، لَا عَلَى مَا فِي "الرَّيْلَعِيِّ"، وَقَدْ عَلِمْتُ مِنْ تَصْحِيحِ عِبَارَةِ "الْحَانِيَّةِ" أَنَّ الْفَرْقَ هُوَ أَنَّ الْمَوْتَ وَالْعَزْلَ لَيْسَا بِمَرْجُوحِي خِلَافِ الْفُسْقِ وَالْعَمَى، فَإِنَّهُمَا مُبْطِلَانِ لِلشَّهَادَةِ، فَيُبْطِلَانِ كِتَابَ الْقَاضِي.

(١) "تبين الحقائق": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ١٨٦/٤.

(٢) "البحر": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٤/٧.

(٣) "البزازية": كتاب أدب القضاء - الفصل السادس في كتابه إلى القاضي ١٨٥/٥ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) "الدرر والغرر": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي ٤١٤/٢.

(٥) "النهر": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٤٣٣/ب.

(٦) "الفتح": كتاب أدب القاضي - باب كتاب القاضي إلى القاضي ٣٨٩/٦.

(و) كذا (عموت المكتوب إليه)، وخروجه عن الأهلية، (إلا إذا عمّم بعد تخصيص) اسم المكتوب إليه، (بخلاف ما لو عمّم ابتداءً)، وجوّزه "الثاني"، وعليه العمل، "خلاصة"^(١).
(لا) يَظُلُّ (عموت الحَصْم) أيّا كان؛ لقيام وارثه أو وصيه مقامه.....

[٢٦٥٦٢] (قوله): وكذا (عموت المكتوب إليه) لأنّ الكاتب لمّا حصّه فقد اعتمد عدالته وأمانته، والقضاة متفاوتون في ذلك فصَحّ التَّعِينُ، "نهر"^(٢).

[٢٦٥٦٣] (قوله): إلا إذا عمّم (الخ) بأن قال: إلى فلان قاضي بليد كذا وإلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين؛ لأنّ غيرَه صار تبعاً له، "فتح"^(٣).

[٢٦٥٦٤] (قوله): بخلاف ما لو عمّم ابتداءً بأن قال: إلى كل من يصل إليه كتابي هذا من قضاة المسلمين وحكامهم.

[٢٦٥٦٥] (قوله): وجوّزه "الثاني" وكذا "الشافعي"^(٤) و"أحمد"^(٥)، "فتح"^(٦).

[٢٦٥٦٦] (قوله): وعليه العمل (قال "الزيلعي"^(٧)): ((واستحسنه كثير من المشايخ))، وفي "الفتح"^(٨): ((وهو الأوجه^(٩)؛ لأنّ إعلام المكتوب إليه وإن كان شرطاً فالعموم يُعلم كما يُعلم بالخصوص^(١٠)، وليس العموم من قبيل الإجمال والتَّجْهِيل، فصار قَصْدُهُ وَتَبَعِيَّتُهُ سَوَاءً))، "نهر"^(١١).
[٢٦٥٦٧] (قوله): أيّا كان أي: مُدْعِيّاً أو مُدْعَى عليه.

(١) "الخلاصة": كتاب القضاء - الفصل السادس في كتاب القاضي إلى القاضي ق ٢٠٣/١ بتصرف.

(٢) "النهر": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ق ٤٣٣/ب.

(٣) "الفتح": كتاب أدب القاضي - باب كتاب القاضي إلى القاضي ق ٣٨٩/٦ - ٣٩٠.

(٤) انظر "روضة الطالبين": كتاب القضاء - الباب الثالث في القضاء على الغالب - الطرّف الثالث في كتاب القاضي إلى القاضي ص ١٩٤١ - ١٩٤٢.

(٥) انظر "المغني" لابن قدامة: كتاب القضاء - فصل: قبول الكتاب من قاضي مصر إلى قاضي مصر ٦٠٨/١٣.

(٦) "الفتح": كتاب أدب القاضي - باب كتاب القاضي إلى القاضي ق ٣٨٩/٦.

(٧) "تبين الحقائق": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ١٨٧/٤.

(٨) "الفتح": كتاب أدب القاضي - باب كتاب القاضي إلى القاضي ق ٣٩٠/٦.

(٩) عبارة "الفتح": ((والوجه قول أبي يوسف؛ لأنّ إعلام المكتوب (الخ)).

(١٠) عبارة "الفتح": ((فالعموم يعلم كما يعلم الخصوص)).

(١١) "النهر": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ق ٤٣٤/أ.

قلت: وكذا لا يَبْطُلُ بِمَوْتِ شَاهِدِ الْأَصْلِ كما سيأتي متناً في بابهِ^(١)، خلافاً لِمَا وَقَعَ فِي "الْخَائِنَةِ" هنا، فَإِنَّهُ^(٢) مَخَالَفٌ لِمَا ذَكَرَهُ بِنَفْسِهِ ثَمَّةً، فَتَنَبَّهُ.

(و) اَعْلَمْ أَنَّ (الْكِتَابَةَ بِعِلْمِهِ كَالْقَضَاءِ بِعِلْمِهِ) فِي الْأَصْحَحِّ، "بِحَرْ" (٣). فَمَنْ جَوَّزَهُ جَوَّزَهَا،

[٢٦٥٦٨] (قَوْلُهُ: فِي بَابِهِ أَي: فِي بَابِ الشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ، "ح" (٤)).

[٢٦٥٦٩] (قَوْلُهُ: خِلَافاً لِمَا وَقَعَ فِي "الْخَائِنَةِ" هُنَا) أَي: فِي هَذَا الْبَابِ حَيْثُ قَالَ (٥): ((لَوْ مَاتَ الْقَاضِي الْكَاتِبُ أَوْ غُزِلَ قَبْلَ وُصُولِ الْكِتَابِ بَطُلَ كِتَابُهُ كَشَاهِدِ الْأَصْلِ إِذَا مَاتَ قَبْلَ أَنْ يَشْهَدَ الْفَرَعُ عَلَى شَهَادَةِ الْأَصْلِ)) اهـ.

[٢٦٥٧٠] (قَوْلُهُ: ثَمَّةً أَي: هُنَاكَ، أَي: فِي بَابِ الشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ حَيْثُ قَالَ (٦): ((الشَّهَادَةُ عَلَى الشَّهَادَةِ لَا تَجُوزُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْمَشْهُودُ عَلَى شَهَادَتِهِ مَرِيضاً فِي الْمَصْرِ، أَوْ يَكُونَ مَيِّتاً (لِخ))، وَهَذَا هُوَ الْمَوَافِقُ لِلْمُتَوَّنِ.

[٢٦٥٧١] (قَوْلُهُ: فَمَنْ جَوَّزَهُ جَوَّزَهَا) وَشَرَطُ جَوَازِهِ عِنْدَ "الْإِمَامِ": أَنْ يَعْلَمَ فِي حَالِ قَضَائِهِ فِي الْمَصْرِ الَّذِي هُوَ قَاضِيهِ بِحَقٍّ غَيْرِ حَدٍّ خَالِصٍ لِلَّهِ تَعَالَى مِنْ قَرْضٍ، أَوْ بَيْعٍ، أَوْ غَضَبٍ، أَوْ تَطْلِيقٍ، أَوْ قَتْلِ عَمْدٍ، أَوْ حَدٍّ قَذْفٍ، فَلَوْ عِلِمَ قَبْلَ الْقَضَاءِ فِي حُقُوقِ الْعِبَادِ ثُمَّ وَلِيَ فَرُفِعَتْ إِلَيْهِ تِلْكَ الْحَادِثَةُ، أَوْ عِلِمَهَا فِي حَالِ قَضَائِهِ فِي غَيْرِ مَصْرِهِ، ثُمَّ دَخَلَهُ فَرُفِعَتْ لَا يَقْضِي عَنْدَهُ، وَقَالَا: يَقْضِي، وَكَذَا الْخِلَافُ لَوْ عِلِمَ بِهَا وَهُوَ قَاضٍ فِي مَصْرِهِ ثُمَّ غُزِلَ ثُمَّ أُعِيدَ، وَأَمَّا فِي حَدِّ الشُّرْبِ وَالزُّنَا فَلَا يَنْفُذُ قَضَاؤُهُ بِعِلْمِهِ اتِّفَاقاً، "فَتَح" (٧) مُلْخَصاً.

(١) انظر "الدر" عند المقولة [٢٧١٤٩] قوله: ((إِلَّا بِشَرْطِ تَعَذُّرِ حُضُورِ الْأَصْلِ)).

(٢) فِي "ط" وَ"ب": ((فَهُوَ)).

(٣) "البحر": كِتَابُ الْقَضَاءِ - بَابُ كِتَابِ الْقَاضِي إِلَى الْقَاضِي وَغَيْرِهِ ٥/٧.

(٤) "ح": كِتَابُ الْقَضَاءِ - بَابُ كِتَابِ الْقَاضِي إِلَى الْقَاضِي وَغَيْرِهِ ٣١٠/ب.

(٥) "الْخَائِنَةُ": كِتَابُ الشَّهَادَاتِ - فَصْلُ فِي كِتَابِ الْقَاضِي إِلَى الْقَاضِي ٤٨٨/٢ (هَامِشُ "الْفَتَاوَى الْهِنْدِيَّةُ").

(٦) "الْخَائِنَةُ": كِتَابُ الشَّهَادَاتِ - فَصْلُ فِي الشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ ٤٨٦/٢ (هَامِشُ "الْفَتَاوَى الْهِنْدِيَّةُ").

(٧) "الْفَتْح": كِتَابُ أَدَبِ الْقَاضِي - بَابُ كِتَابِ الْقَاضِي إِلَى الْقَاضِي ٤٠٥/٦.

وَمَنْ لَا فَلَإِنَّ الْمُعْتَمِدَ عَدَمُ حُكْمِهِ بِعِلْمِهِ فِي زَمَانِنَا، "أَشْبَاهُ". وفيها^(١): ((الإمامُ يَقْضِي بِعِلْمِهِ فِي حَدِّ قَذْفٍ وَقَوْدٍ وَتَعْزِيرٍ)).

وبه عُلِمَ أَنَّهُ فِي الْحُدُودِ الْخَالِصَةِ لِلَّهِ تَعَالَى لَا يَنْفُذُ كَمَا صَرَّحَ بِهِ فِي "شرح أدب القضاء"^(٢) مُعَلَّلًا: ((بِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُسْلِمِينَ يُسَاوِي الْقَاضِيَ فِيهِ، وَغَيْرُ الْقَاضِي إِذَا عِلِمَ لَا يُمْكِنُهُ إِقَامَةُ الْحَدِّ، فَكَذَا هُوَ))، ثُمَّ قَالَ^(٣): ((لَا فِي السُّكْرَانِ أَوْ مَنْ بِهِ أَمَارَةُ السُّكْرِ يَنْبَغِي لَهُ أَنْ يُعْزَرَ لِلتَّهْمَةِ، وَلَا يَكُونُ حَدًّا)) اهـ.

[٢٦٥٧٢] (قوله: وَمَنْ لَا فَلَإِنَّ) قَالَ فِي "الفتح"^(٤): ((لَا أَنَّ التَّفَاوُتَ هُنَا هُوَ أَنَّ الْقَاضِيَ يَكْتُبُ بِالْعِلْمِ الْحَاصِلِ قَبْلَ الْقَضَاءِ بِالْإِجْمَاعِ)).

[٢٦٥٧٣] (قوله: إِلَّا أَنَّ الْمُعْتَمِدَ) أَي: عِنْدَ الْمُتَأَخِّرِينَ لِفَسَادِ قُضَايَا الزَّمَانِ، وَعِبَارَةٌ "الْأَشْبَاهُ"^(٥): ((الْفَتَاوَى الْيَوْمَ عَلَى عَدَمِ الْعَمَلِ بِعِلْمِ الْقَاضِي فِي زَمَانِنَا كَمَا فِي "جامع الفصولين"^(٦))).

مطلب في قضاء القاضي بعلمه

[٢٦٥٧٤] (قوله: وفيها) أَي: فِي "الْأَشْبَاهُ" نَقْلًا عَنْ "السَّرَاجِيَّةِ"^(٧)؛ لَكِنْ فِي "مُنِيَةِ الْمُفْتِي" الْمُلَخَّصَةِ مِنْ "السَّرَاجِيَّةِ"^(٨) التَّعْبِيرُ بِالْقَاضِي لَا بِالْإِمَامِ، حَيْثُ قَالَ: ((الْقَاضِي يَقْضِي بِعِلْمِهِ بِحَدِّ

(قوله: لَكِنْ فِي "مُنِيَةِ الْمُفْتِي" الْمُلَخَّصَةِ مِنْ "السَّرَاجِيَّةِ" التَّعْبِيرُ بِالْقَاضِي إِنْ لَكِنْ الْمَذْكُورُ فِي "السَّرَاجِيَّةِ" التَّعْبِيرُ بِالْإِمَامِ - كَمَا نَقَلَهُ عَنْهَا فِي "الْأَشْبَاهُ" - لَا التَّعْبِيرُ بِالْقَاضِي، وَقَدْ ذَكَرَ هَذَا فِي بَابِهِ مَا يَجُوزُ مِنْ الْقَضَاءِ وَمَا لَا يَجُوزُ.

(١) "الْأَشْبَاهُ وَالنِّظَائِرُ": الْفَتْهُنُ الثَّانِي: الْفَوَائِد - كِتَابُ الْقَضَاءِ وَالشَّهَادَاتِ وَالِدَعَاوَى ص ٢٧٤.

(٢) "شرح أدب القاضي" لِلصَّدْرِ الشَّهِيد: الْبَابُ التَّاسِعُ وَالثَّلَاثُونَ فِي الْقَاضِي يَقْضِي بِعِلْمِهِ ١٠١/٣.

(٣) "الفتح": كِتَابُ أَدَبِ الْقَاضِي - بَابُ كِتَابِ الْقَاضِي إِلَى الْقَاضِي ٣٩٠/٦.

(٤) "الْأَشْبَاهُ وَالنِّظَائِرُ": الْفَتْهُنُ الثَّانِي: الْفَوَائِد - كِتَابُ الْقَضَاءِ وَالشَّهَادَاتِ وَالِدَعَاوَى ص ٢٦٢.

(٥) "جامع الفصولين": الْفَصْلُ الْأَوَّلُ فِي الْقَضَاءِ - مَا يَتَّصِلُ بِهِ مِنْ غَزْلِ قَاضٍ أَوْ وَصِيٍّ الْخ ١٩/١.

(٦) "الْفَتَاوَى السَّرَاجِيَّةُ": كِتَابُ الْقَضَاءِ - بَابُ مَا يَجُوزُ مِنَ الْقَضَاءِ وَمَا لَا يَجُوزُ ٢٦٢/٢ (هَامِشٌ "فَتَاوَى قَاضِي خَان"، وَقَدْ عُبِّرَ فِيهَا بِ: ((الْإِمَامِ))) كَمَا ذَكَرَ الرَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ.

(٧) ذَكَرَ فِي "كَشَفُ الطُّلُونِ" ١٨٨٧/٢ أَنَّ صَاحِبَ "مُنِيَةِ الْمُفْتِي" لَخَّصَ فِيهَا نَوَادِرَ "الرَّاقِعَاتِ" وَ"الْفَتَاوَى الصَّغْرَى" لِلْخَاصِّي، وَضَمَّ إِلَيْهَا مِنْ فَتَاوَى سِرَاجِ الدِّينِ الْأَوْشِيِّ نَوَادِرَ مِنْ "الرَّاقِعَاتِ" وَمِيزَهَا بِعَلَامَةِ حَرْفِ السِّنِّ.

قلت: فهل الإمام قيّد كما قدّمناه^(١) في الحدود؟ لم أره، لكن في "شرح الوهبانية" له "الشُّرْبَالِيُّ": والمختار الآن عدم حكمه بعلمه.....

القَذْفُ وَالْقِصَاصُ وَالتَّعْزِيرُ))، ثم قال: ((قَضَى بِعِلْمِهِ فِي الْحُدُودِ الْخَالِصَةِ لَهُ تَعَالَى لَا يَجُوزُ)) اهـ، أفادته بعض المحشّين^(٢). وهذا موافق لما مرَّ^(٣) عن "الفتح" من الفرق بين الحدّ الخالص لله تعالى وبين غيره، ففي الأوّل لا يفتضي اتفاقاً بخلاف غيره، فيجوز القضاء فيه بعلمه، وهذا على قول المتقدمين، وهو خلاف المفتي به كما علمت.

(تنبيه)

ذكر في "النهر"^(٤) في الكفالة بجنأ: ((أنه يجب أن يُحمَلَ الخلاف بين المتقدمين والمتأخرين على ما كان من حقوق العباد، أما حقوق^(٥) [ب/٢٣٣/٣] الله المحضة فيقتضي فيها بعلمه)) اتفاقاً، ثم استدلَّ^(٦) لذلك: ((بأنّ له التعزير بعلمه)).

قلت: ولا يخفى أنّه خطأ صريح مخالف لصريح كلامهم كما علمت، وأمّا التعزير فليس بخدّ كما أسمعناك^(٧) من عبارة "شرح أدب القضاء"، وأيضاً فهو ليس بقضاء.

[٢٦٥٧٥] (قوله: فهل الإمام قيّد) أقول: على فرض ثبوته في عبارة "السراجية" ليس بقيّد؛ لما علمت^(٨) من عبارة "الفتح" المصرّحة بجواز قضاء القاضي بعلمه في قتل عمّد أو حدّ قذّب؛ لكونه من حقوق العباد.

[٢٦٥٧٦] (قوله: لكن إلخ) استدراك على ما نقله ثانياً عن "الأشباه": ((بأنه مبني على خلاف

(قوله: استدراك على ما نقله ثانياً عن "الأشباه" إلخ) لا يتمّ كونه استدراكاً على ما في "الأشباه" إلّا إذا كان ما ذكره "الشُّرْبَالِيُّ" في الإمام مع أنّه إنّما ذكره في القاضي.

(١) لم نره صريحاً في كتاب الحدود.

(٢) قدّمنا ٥١١/١٤ أنّ المراد به جمال الدين محمد بن محمد الأنصاري في "حاشيته" على "الدر المختار".

(٣) للمقولة [٢٦٥٧١] قوله: ((فَمَنْ جَوَّزَهُ جَوَّزَهَا)).

(٤) "النهر": ٤١٦/أ.

(٥) للمقولة [٢٦٥٧١] قوله: ((فَمَنْ جَوَّزَهُ جَوَّزَهَا)).

مطلقاً، كما لا يقضي بعلمه في الحدود الخالصة لله تعالى كزنا وحمير مطلقاً، غير أنه يُعزَّر مَنْ به أثر السكر؛ للتهمة، وعن "الإمام": أن علم القاضي في طلاق وعتاق وغصب يُثبت الحيلولة على وجه الحسبة لا القضاء. (ولا يُقبل) كتاب القاضي (من مُحكَّم،

المختار))، أو على قوله: ((فهل الإمام قيد))، فإن قول "الشربلالي"^(١): ((لا يقضي بعلمه في الحدود الخالصة لله تعالى)) - يعني: اتفاقاً - يفهم منه أنه يقضي بعلمه في غيرها كحدّ قذف وقود وتعزير على قول المتقّمين، وهو خلاف المختار، فيكون ذكر الإمام غير قيد، فافهم.

[٢٦٥٧٧] (قوله: مطلقاً) أي: سواء كان علمه بعد توليته أو قبلها، "ح"^(٢). أو سواء كان حدّاً غير خالص لله تعالى أو قوداً أو غيرهما من حقوق العباد.

[٢٦٥٧٨] (قوله: وحمير مطلقاً) أي: سواء سكر منه أو لا.

[٢٦٥٧٩] (قوله: للتهمة) أي: إذا علم القاضي بأنه سكران له تعزيره؛ لأن القاضي له تعزير المتهم وإن لم يثبت عليه كما مرّ^(٣) تحريره في الكفالة.

[٢٦٥٨٠] (قوله: يُثبت الحيلولة) أي: بأن يأمر بأن يُحال بين المطلق وزوجته، والمعتق وأميته أو عبده، والغاصب وما غصبه، بأن يجعله تحت يد أمين إلى أن يثبت ما علمه القاضي بوجه شرعي.

[٢٦٥٨١] (قوله: على وجه الحسبة) أي: الاحتساب وطلب الثواب؛ لئلا يطأها الزوج أو السيّد أو الغاصب.

[٢٦٥٨٢] (قوله: لا القضاء) أي: لا على طريق الحكم بالطلاق أو العتاق أو الغصب.

[٢٦٥٨٣] (قوله: ولا يُقبل كتاب القاضي) الأولى حذف ((القاضي))؛ لأن المحكّم

ليس قاضياً، إلا أن يُراد به ما يشمل المولى من السلطان وغيره.

(١) في "٣": ((الشربلالية))، وهو خطأ؛ إذ النقل عن "شرح الوهبانية" للشربلالي.

(٢) "ح": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ق ٣١٠/ب.

(٣) المقولة [٢٥٤٦٦] قوله: ((وكلنا تعزير المتهم)).

بل من قاضي مُوَكَّلٍ من قَبْلِ الإمامِ يَمْلِكُ إقامةَ (الجمعة)، وقيل: يُقْبَلُ من قاضي رُستاقٍ إلى قاضي مِصرٍ أو رُستاقٍ،

[٢٦٥٨٤] (قوله: بل من قاضي مُوَكَّلٍ إلخ) أفاد أنَّ هذا شرطٌ في الكاتبِ فقط، قال في "المنح" ^(١): ((فلا تُقْبَلُ من قاضي رُستاقٍ إلى قاضي مِصرٍ، وإنما تُقْبَلُ من قاضي مِصرٍ إلى قاضي مِصرٍ آخرٍ أو إلى قاضي رُستاقٍ)).

[٢٦٥٨٥] (قوله: يَمْلِكُ إقامةَ الجمعةِ الظاهرُ: أنَّ هذا غيرُ قَبْدٍ ولا سَيِّمٍ في زماننا؛ لأنَّ السُّلطانَ لا يَأْذُنُ للقاضي بها، والظاهرُ أنَّ مرادهُ الإشارةُ إلى أنَّ المرادَ قاضي المِصرِ التي تُقامُ فيها الجمعة، تأمل. وفي "المنح" ^(٢)) عن "السراجية": ((وإنما تُقْبَلُ كُتُبُ قضاةِ الأمصارِ التي تُقامُ فيها الحدودُ ويُنفَّذُ فيها حُكْمُ الحُكَّامِ ^(٣)، إلّا فيما لا خَطَرَ له شرعاً؛ لأنَّ الولايةَ لا تُثَبِّتُ إلّا في محلٍّ قابِلٍ للولايةِ لِمَن هو أهلٌ له)).

[٢٦٥٨٦] (قوله: وقيل: يُقْبَلُ إلخ) الظاهرُ: أنَّ الخلافَ مبنيٌّ على الخلافِ في أنَّ المِصرَ هل هو شرطٌ لنفاذِ القضاءِ أم لا؟ فحَكَّوا عن "ظاهرِ الروايةِ": ((أنَّه شرطٌ))، وعن روايةِ "النوادر":

(قوله: الظاهرُ: أنَّ الخلافَ مبنيٌّ على الخلافِ في أنَّ المِصرَ هل هو شرطٌ إلخ) عبارةُ "المقدس" من كتابِ القاضي: ((يُكْتَبُ قاضي مِصرٍ إلى قاضي مِصرٍ آخرٍ أو قاضي الرُستاقِ، ولا يُكْتَبُ قاضي الرُستاقِ إلى قاضي مِصرٍ، حدادَيٍّ معزياً لـ "الينابيع". والظاهرُ أنَّ هذا مبنيٌّ على اشتراطِ المِصرِ لصحةِ القضاءِ، بل صرَّحَ به في "المحيط" قال: لأنَّه ليس بقاضٍ، والمفتي به خلافةُ)) اهـ. وعبارةُ "البرازية" أوَّلُ القضاء: ((وفي "الإملاء": أنَّ المِصرَ ليس بشرطٍ، ويَنبني عليه: كتابُ قاضي الرُستاقِ إلى قاضي المِصرِ لا يُقْبَلُ في الظاهرِ؛ لأنَّه نَقَلَ الولايةَ ولا ولايةً لقاضي الرُستاقِ)) اهـ، وفيه تأملٌ.

(١) "المنح": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٢/٦١ ق/ب، نقلاً عن "السراج الوهاج" معزياً لـ "الينابيع".

(٢) "المنح": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٢/٦١ ق/ب، وليس فيه التصريح بالنقل عن "السراجية"، على أننا لم نعر على النقل في "السراجية"، ولعلَّه سبق قلم من ابن عابدين رحمه الله.

(٣) في "أ": ((الحاكم)).

واعتمدته "المصنف"^(١) و"الكمال".

(كتب كتاباً إلى مَنْ يَصِلُ إليه مِنْ قضاة المسلمين، فوصلَ إلى قاضي رُستاقٍ وُلِّيَ بعدَ كتابة هذا المکتوب لا يُقْبَلُ؛ لعدمِ ولايته وقتَ الخطاب، "جواهر الفتاوى". وفيها: ((لو جعلَ الخطابَ للمکتوبِ إليه ليس لنائبه أنْ يَقْبَلَهُ)).))

((أنه ليس بشرط))، وبه يُفتى كما في "البرازية"^(٢)، فعلى هذا يُفتى بِقَبُولِهِ من قاضي رُستاقٍ إلى قاضي مِصرٍ أو رُستاقٍ، "منح"^(٣)، ومثله في "شرح المقدسي". ورأيتُ بخط بعض الفضلاء: أنْ ما ذُكِرَ من ابتناء الخلافِ على الخلافِ الآخرِ مُصرَّحٌ به في "البرازية"^(٤).

[٢٦٥٨٧] (قوله: واعتمدته "المصنف" و"الكمال") قد علمت كلام "المصنف"، وأما "الكمال" فقد قال^(٥): ((والذي ينبغي أنه بعد عدالة شهود الأصل والكتاب لا فرق)). أي: بين كونه من قاضي مِصرٍ أو غيره.

[٢٦٥٨٨] (قوله: إلى مَنْ يَصِلُ إليه إلخ) أي: بناءً على قول "الثاني" بجواز التعميم ابتداءً كما مرَّ^(٦).

[٢٦٥٨٩] (قوله: لعدمِ ولايته وقتَ الخطاب) أي: لأنَّه خطابٌ، والخطابُ إنما يصحُّ إذا كان له ولايةٌ وقته، "منح"^(٧).

[٢٦٥٩٠] (قوله: ليس لنائبه أنْ يَقْبَلَهُ) لأنَّه قد كُتِبَ إلى غيره، ولو جعلَ الخطابَ إلى النائبِ وسَمَّاهُ باسمِهِ ليس للمُنِيبِ أنْ يَقْبَلَهُ؛ لأنَّه لا يَقْبَلُ الكتابَ إلَّا المکتوبُ إليه.

(١) "المنح": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٢/٦١ ب.

(٢) "البرازية": كتاب أدب القاضي - الفصل الأول في التقليد ٥/١٣٥، ١٣٩ (هامش "الفتاوى الهندية")، إلَّا أنَّ الظاهر من عبارة مطبوعة "البرازية" أنَّ المصير شرط على رواية "النوادر".

(٣) "المنح": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٢/٦١ ب.

(٤) انظر "البرازية": كتاب أدب القاضي - الفصل الأول في التقليد ٥/١٣٨ - ١٣٩ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٥) "الفتح": كتاب أدب القاضي - باب كتاب القاضي إلى القاضي ٦/٣٨٧.

(٦) ص ٥٧٠ - "در".

(٧) "المنح": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٢/٦١ ب.

(والمراة تقضي في غير حدٍّ وقودٍ وإن أئتم المولي لها)؛ لخبر "البحاري": ((لن^(١) يُفْلِحَ قومٌ ولَّوا أمرهم امرأةً)) *

مطلبٌ في جعل المرأة شاهدةً في الوقف

[٢٦٥٩١] (قوله: في غير حدٍّ وقودٍ) لأنها لا تصلحُ شاهدةً^(٢) فيهما، فلا تصلحُ حاكمةً.

(١) في "د" و"و": ((لم)).

(٢) في "م": ((شهادة))، وهو خطأ.

★ روى عثمان بن الهيثم حدثنا عوف عن الحسن عن أبي بكره قال: لقد نفعني الله بكلمة - سمعتها من رسول الله ﷺ - أيامَ الحمل بعدما كِدْتُ أن ألحقُ بأصحابِ الحمل فأقاتلُ معهم، قال: لَمَّا بَلَغَ رسولُ الله ﷺ أن أهل فارس قد ملكوا عليهم بنتُ كسرى! قال: ((لن يُفْلِحَ قومٌ ولَّوا أمرهم امرأةً)).

أخرجه البخاري (٤٤٢٥) في المغازي - باب كتاب النبي إلى كسرى وقبصر، و(٧٠٩٩) في الفتن - باب الفتن التي موجع كموح البحر، والزَّار في "البحر الزَّخَّار" (٣٦٥٠)، والبيهقي في "الكبرى" ٩٠/٣ و١١٧/١٠ و١١٨. ورواه صفوان بن عيسى والنضر بن شميل عن عوف عن الحسن عن أبي بكره عن النبي ﷺ بنحوه. أخرجه الزَّار (٣٦٥٠)، والإسماعيلي كما في "فتح الباري" ٥٦/١٣.

ورواه يحيى بن سعيد ويزيد بن هارون ومحمد بن بكر عن عُبَيْدِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ جَوْشَنِ الْعَطْفَانِيِّ عَنْ أَبِي عَنْ أَبِي بَكْرَةَ عَنْ النَّبِيِّ ﷺ قال: ((لن يُفْلِحَ قومٌ أسندوا أمرهم إلى امرأة)). أخرجه أحمد ٣٩/٥ و٤٧، والطَّالِسِيُّ (٨٧٨)، وابنُ أَبِي شَيْبَةَ ٧١١/٨.

ورواه يزيد بن هارون عن مبارك بن فضالة عن الحسن عن أبي بكره قال: قال رسول الله ﷺ: ((لا يُفْلِحَ قومٌ تملِكُهم امرأة)). أخرجه أحمد ٤٧/٥ و٥١، وابنُ حَبَّانٍ كما في "الإحسان" (٤٥١٦)، والفُضَائِيُّ في "مسند الشَّهاب" (٨٦٤) و(٨٦٥).

وروى خالد بن الحارث عن حميد الطويل عن الحسن عن أبي بكره رضي الله عنه قال: ((عصمتني الله بشيء سمعته من رسول الله ﷺ لَمَّا هَلَكَ كِسْرَى، قال: ((مَنْ اسْتَحْلَفُوا؟ قالوا: ابنته، قال: فقال: لن يُفْلِحَ قومٌ ولَّوا أمرهم امرأة)).

قال: فَلَمَّا قَبِيتُ عاتشةَ ذَكَرْتُ قولَ رسولِ الله ﷺ فعصمتني الله به.

أخرجه الترمذي (٢٢٦٢) في الفتن باب، وقال: حديث حسن صحيح، والنسائي في "المجتبى" ٢٢٧/٨، و"الكبرى" (٥٩٣٧) في القضاء - النهي عن استعمال النساء في الحكم، والحاكم في "المستدرک" ١١٨/٣ و١١٩ و٢٩١/٤.

وروى أسود بن عامر عن حماد بن سلمة عن حميد عن الحسن عن أبي بكره أن رجلاً من أهل فارس أتى النبي ﷺ فقال: ((إِني رَئِي قَتَلَ رَبِّكَ)) يعني: كسرى. وقيل للنبي ﷺ: إنه قد استخلف ابنته، فقال: ((لا يُفْلِحَ قومٌ تملِكُهم امرأة)). =

(وَتَصْلُحُ نَازِرَةً) لَوْقَفٍ، (وَوَصِيَّةٌ) لِيَتِيمٍ، (وَشَاهِدَةٌ)، "فتح" (١). فصَحَّ تَقْرِيرُهَا فِي

- أخرجه أحمد ٤٣/٥، والبزار في "البحر الزخار" (٣٦٤٧)، والبيهقي في "الدلائل" ٣٩٠/٤.
قال البزار: وهذا الحديث قد رواه أبو بكر، ورواه عن أبي بكر جماعة. وهذا الإسناد أحسن إسناد يروى في ذلك من حديث حميد الطويل.

ورواه جعفر بن سليمان عن أبي سهل كثير بن زياد - ثقة مأمون - عن الحسن عن أبي بكر نحوه.
أخرجه البزار في "البحر الزخار" (٣٦٤٨)، ثم قال: وهذا الكلام قد روي عن النبي ﷺ من غير وجه، ولا نعلم أحدا رواه إلا أبو بكر من هذا الوجه.

ورواه هزادة بن خليفة عن حماد بن سلمة عن علي بن زيد عن عبد الرحمن بن أبي بكر عن أبي بكر
فذكر أحاديث منها: وقال أبو بكر: قال رسول الله ﷺ: ((مَنْ يَلِي أَمْرَ فَارِسٍ؟)) قالوا: امرأة. قال: ((مِمَّا أَفْلَحَ قَوْمٌ يَلِي أَمْرَهُمْ امْرَأَةً)).

أخرجه أحمد ٥٠/٥، وابن عبد البر في "المهيد" ٢٩٣/٢.
وروى خالد بن خديش وأحمد بن عبد الملك الحارثي وحامد بن عمر البكري عن بكار بن عبد العزيز عن
أبيه عن أبي بكر رضي الله عنه أن النبي ﷺ أتاه فتح فسجد، فجعل يسأل الرسول، وعنده خبرهم: مَنْ أَمْرُوا، أَوْ
مَنْ وَلُوا أَمْرَهُمْ؟ فقال: امرأة! فقال النبي ﷺ: ((مَلَكَتِ الرِّجَالُ حِينَ مَلَكَتِ النِّسَاءُ)). أخرجه أحمد ٤٥/٥،
والبزار في "البحر الزخار" (٣٦٩٢)، وابن عدي في "الكامل" ٤٣/٢.
وبكار بن عبد العزيز: قال ابن عدي: أرجو أنه لا بأس به، وهو من جملة الضعفاء الذين يكتب حديثهم.

ورواه أبو عاصم عن عتبة بن عبد الرحمن بن أبي بكر عن أبيه عن أبي بكر رضي الله عنه: قال رسول الله:
((لَا يُفْلِحُ قَوْمٌ تَمْلِكُ أَوْ تَلِي أَمْرَهُمْ امْرَأَةً)). أخرجه ابن قانع في "معجم الصحابة" ١٤٣/٣.

وروى بقة بن الوليد عن سليمان الأصباري عن الحسن عن الأحنف بن قيس قال: بايعت علي بن أبي طالب
رضي الله عنه، قال: فرأيت أبو بكر وأنا مُثَقِّلٌ سيفاً، فقال: ما هذا يا ابن أخي؟ قلت: بايعت علياً، قال: لا تفعل
يا ابن أخي! فإن القوم يقتلون على الدنيا، وإنما أخذوها بغير مشورة، قلت: فأما المؤمن؟ قال: امرأة ضعيفة سمعت
رسول الله ﷺ يقول: ((لَا يُفْلِحُ قَوْمٌ يَلِي أَمْرَهُمْ امْرَأَةً)). أخرجه نعيم بن حماد في "الفتن" (٤٦١) ١٧٤/١.

ورواه عبد الرحمن بن عمرو بن جبلة حدثنا أبو عوانة حدثنا سيماء بن حرب عن جابر بن سمره نحوه
حديث الحسن عن أبي بكر.

أخرجه الطبراني في "الأوسط" (٤٨٥٢)، ثم قال: لا يروى هذا الحديث عن جابر بن سمره إلا بهذا
الإسناد، تفرد به عبد الرحمن بن عمرو بن جبلة.

(١) "الفتح": كتاب أدب القاضي - باب كتاب القاضي إلى القاضي ٣٩١/٦ بتصرف.

النَّظَرِ وَالشَّهَادَةِ فِي الْأَوْقَافِ وَلَوْ بِلَا شَرْطٍ وَإِقْفٍ، "بحر"^(١). قال^(٢): ((وقد أَقْنِيتُ فِيمَنْ شَرَطَ الشَّهَادَةَ فِي وَقْفِهِ لِفُلَانٍ ثُمَّ لَوْلَيْهِ، فَمَاتَ وَتَرَكَ بِنْتًا أَنَّهَا تَسْتَحِقُّ وَظِيفَةَ الشَّهَادَةِ)).

[٢٦٥٩٢] (قوله: ولو بلا شَرْطٍ وَإِقْفٍ) أَمَا إِذَا شَرَطَ الْوَاقِفُ فَلَا شَكَّ فِيهِ؛ لِأَنَّهَا أَهْلٌ لِلشَّهَادَةِ، وَأَمَّا بِدُونِ شَرْطِهِ النَّاصِّ عَلَيْهَا - كَمَا فِي صُورَةِ ٢٣/٣١، ٢٣/٣٢، ٢٣/٣٣ الْحَادِثَةِ الَّتِي ذَكَرَهَا - فِيهِ نِزَاعٌ، فَقَدْ رَدَّهُ فِي "النَّهْرِ"^(٣): ((بَأَنَّ قَوْلَهُ: ثُمَّ لَوْلَيْهِ لَا يَشْمَلُ الْأُنْثَى؛ لِأَنَّ عُرْفَ الْوَاقِفَيْنِ مُرَاعَى، وَلَمْ يَتَّفَقْ تَقْرِيرُ أُنْثَى شَاهِدَةٍ فِي وَقْفٍ فِي زَمَنِ مَا فِيمَا عَلِمْنَا، فَوَجَبَ صَرْفُ الْأَفْظِ إِلَى مَا تَعَارَفُوهُ، وَهُوَ الشَّاهِدُ الْكَامِلُ)) إِلَى آخِرِ كَلَامِهِ، وَنَقَلَ "الْحَمَوِيُّ" مِثْلَهُ عَنْ "الْمُقَدِّسِيِّ"، ثُمَّ نَقَلَ عَنْ بَعْضِهِمْ: ((أَنَّ هَذَا لَا يَمْنَعُ كَوْنَهَا أَهْلًا لِلشَّهَادَةِ، وَقَوْلُ الْأَصْحَابِ بِجَوَازِ شَهَادَتِهَا وَقَضَائِهَا فِي غَيْرِ حَدٍّ وَقَوْدٍ صَرِيحٍ فِي صَحَّةِ تَقْرِيرِهَا فِي الْأَوْقَافِ)) اهـ. قُلْتُ: لَا يَخْفَى مَا فِيهِ، فَإِنَّ الْكَلَامَ لَيْسَ فِي أَهْلِيَّتِهَا، بَلْ فِي دُخُولِهَا فِي كَلَامِ الْوَاقِفِ الْمُبْنِيِّ عَلَى الْمُتَعَارَفِ.

مطلب: لا يصحُّ تقريرُ المرأةِ في وظيفةِ الإمامةِ

(تسبيّة)

وَأَمَّا تَقْرِيرُهَا فِي نَحْوِ وَظِيفَةِ الْإِمَامِ^(٤) فَلَا شَكَّ فِي عَدَمِ صَحَّتِهِ لِعَدَمِ أَهْلِيَّتِهَا، خِلَافًا لِمَا زَعَمَهُ بَعْضُ الْجَهْلَةِ أَنَّهُ يَصَحُّ وَتَسْتَتِيبُ؛ لِأَنَّ صَحَّةَ التَّقْرِيرِ يَعْتَمِدُ وَجُودَ الْأَهْلِيَّةِ، وَجَوَازُ الْإِسْتِنَابَةِ فَرُعُ صَحَّةِ التَّقْرِيرِ. اهـ "أَبُو السُّعُود"^(٥).

مطلب: لا يصحُّ توليةُ السُّلْطَانِ مُدْرَسًا بِأَهْلِ

وَفِي "الْأَشْبَاه"^(٦): ((إِذَا وَلَّى السُّلْطَانُ مُدْرَسًا لَيْسَ بِأَهْلٍ لَمْ تَصَحَّ تَوَلِيَّتُهُ؛ لِأَنَّ فَعْلَهُ مُقَيَّدٌ

(١) "البحر": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٥/٧.

(٢) "النهر": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ق ٤٣٤/أ.

(٣) فِي "فَتْحِ الْمَعِينِ": ((الْإِمَامَةُ)) وَمِثْلُهُ فِي "ط"، وَفِي هَامِشِ "ط": ((الْإِمَامُ، نَسَخَةٌ)).

(٤) "فَتْحِ الْمَعِينِ": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي ٣/٣٤.

(٥) "الْأَشْبَاهُ وَالنِّظَائِرُ": الْفَرْقُ الثَّلَاثُ: الْجَمْعُ وَالْفَرْقُ - فَائِدَةٌ: إِذَا وَلَّى السُّلْطَانُ مُدْرَسًا لَيْسَ بِأَهْلٍ ص ٤٦١ - ٤٦٢..

بالمصلحة، ولا مصلحة في تولية غير الأهل، وإذا عَزَلَ الأهل لم يَعرِزْ. وفي "معيد النعم ومبيد النقم"^(١): المدرِّس إذا لم يكن صالحاً للتدريس لم يحِلَّ له تناول المعلم اهـ.

[مطلب في تعريف أهلية التدريس]

والذي يَظْهَرُ في تعريف أهلية التدريس أنها معرفة منطوق الكلام ومفهومه ومعرفة المفاهيم، وأن يكون له سابقة اشتغال على المشايخ بحيث صار يَعْرِفُ الاصطلاحات ويُقدِّرُ على أَخْذِ المسائل من الكتب، وأن يكون له قدرة على أن يسألَ ويُجيبَ إذا سُئِلَ، وَيَتَوَقَّفُ ذلك على سابقة اشتغال في النحو والصرف بحيث صار يَعْرِفُ الفاعلَ من المفعول وغير ذلك، وإذا قرأ لا يَلَحَنُ، وإذا قرأ لأجن^(٢) بحضرته ردَّ عليه)) اهـ مختصراً، "ط"^(٣).

مطلب في توجيه الوظائف للابن ولو صغيراً

قلت: ومقتضاه أنه إذا مات الإمام أو المدرِّس لا يصحُّ توجيه وظيفته على ابنه الصغير، وقدّمنا في الجهاد في آخر فصل الجزية^(٤) عن العلامة "البيري" بعد كلام نقله إلى أن قال^(٥): ((أقول: هذا مؤيد لما هو عُرفُ الحرمين الشريفين ومصر والروم من غير نكير من إبقاء أبناء الميت - ولو كانوا صغاراً - على وظائف آبائهم من إمامة وخطابة وغير ذلك عُرفاً مَرَضِيّاً؛ لأنَّ فيه إحياء خلف العلماء ومساعدتهم على بذل الجهد في الاشتغال بالعلم، وقد أفتى بجواز ذلك طائفة من أكابر الفضلاء الذين يُعوَّلُ على إفتائهم)) اهـ.

ويُقدِّنا ذلك هناك^(٦) بما إذا اشتغل الابن بالعلم، أمّا لو تركه وكبر وهو جاهل فإنه يُعرِزُ

(١) "معيد النعم ومبيد النقم": مثال الثامن والأربعون: المدرس ص ١٠٦ - بتصرف، وهو لأبي النصر عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي، تاج الدين السبكي المصري الشافعي، قاضي القضاة (ت ٧٧١هـ). ("كشف الظنون" ١٧٤٤/٢، الدرر

الكامنة" ٤٢٥/٢، "الأعلام" ١٨٤/٤).

(٢) عبارة "الأشياء" و"ط": ((وإذا لَحَنَ قارئ)).

(٣) "ط": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٢١٣/٣.

(٤) المقولة [٢٠٢٣٧] قوله: ((لم أره)).

(٥) لم نعر عليها في مخطوطة "عمدة ذوي البصائر" التي بين أيدينا.

(٦) المقولة [٢٠٢٣٧] قوله: ((لم أره)).

وفي "الأشباه" ^(١) من أحكام الأئني: ((اختار ^(٢) في "المسايرة" ^(٣) جواز كونها نبية لا رسولة؛ لبناء حالهن على الستر)).

وتعطى الوظيفة للأهل لفوات العلة، وقدّما ^(٤) في الوقف: أنه لا يصح جعل الصبي الصغير ^(٥) ناظراً على وقف، فراجع ما حرّراه في الموضوعين.

[٢٦٥٩٣] (قوله: اختار) أي: "الكمال" في "المسايرة" هي رسالة في علم الكلام سائر بها عقيدة "الغزالي"، "ط" ^(٦).

[٢٦٥٩٤] (قوله: لبناء حالهن على الستر) أي: والرسول يحتاج إلى مخالطة الذكور بالتعليم وإقامة الحجج عليهم وغير ذلك مما لا يكون إلا من الذكور، والجواز لا يقتضي الوقوع. قال في "بدء الأمالي" ^(٧): [وافر]
وما كانت نبياً قط أنسى "ط" ^(٨).

(قوله: قوله: اختار أي: "الكمال" في "المسايرة") عبارة "المسايرة" ليس فيها ما يفيد اختيار جواز كونها نبية، ونصها - على ما نقله "السندي" -: ((شرط النبوة الذكورة)) إلى أن قال: ((وخالف بعض أهل الظاهر والحديث حتى حكّموا نبوة "مریم" عليها السلام، وفي كلامهم ما يشعر بالفرق بين النبوة والرسالة بالدعوى وعدمها، وعلى هذا لا يبعد اشتراط الذكورة، لكن أمر الرسالة منبني على الاشتهار والإعلان والتردد بين المجامع للدعوى، ومبنى حالهن على الستر والقرار إلخ)).

(١) "الأشباه والنظائر": الفن الثالث: الجمع والفرق - أحكام الأئني ص ٣٨٦.

(٢) في "ط": ((اختاره))، وهو خطأ.

(٣) الذي في "المسايرة": ((اشتراط الذكورة)) ص ٢٢٦ - كما ذكر الرافعي. وقد نبّه محشي "الأشباه" الحموي ٣/٣٩٣ على ذلك وذكر عبارة "المسايرة" ثم قال: ((وقد بسط الكلام على هذه المسألة في "فتح الباري شرح البخاري" في كتاب الأنبياء - في باب امرأة فرعون فليراجع)).

(٤) المقولة [٢١٥٠١] قوله: ((غير مأمون إلخ)).

(٥) ((الصغير)) ليست في "الأصل".

(٦) "ط": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٣/٢١٣.

(٧) انظر "شرح ضوء المعالي على منظومة بدء الأمالي": المبحث الثالث - ما يجب للرسول وما يجوز لهم وما يستحيل عليهم ص ١٠١.

(٨) "ط": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٣/٢١٣.

(ولو قَضَتْ في حَدٍّ وَقَوْدٍ رُفِعَ إلى قاضٍ آخَرَ) يَرَى جَوَازَهُ (فَأَمْضَاهُ لَيْسَ لغيرِهِ إِبْطَالُهُ)؛
خِلَافُ "شَرِيحٍ"، "عيني"^(١).....

[٢٦٥٩٥] (قوله: يَرَى جَوَازَهُ) قِيْدٌ بِهِ لِأَنَّ نَفْسَ الْقَضَاءِ إِذَا كَانَ مُخْتَلَفًا فِيهِ لَا يَنْفَعُ مَا لَمْ يَنْفَعْهُ قَاضٍ آخَرُ يَرَى جَوَازَهُ، فَحِينَئِذٍ إِذَا رُفِعَ إِلَى مَنْ لَا يَرَاهُ نَفْعَهُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الْخِلَافُ فِي طَرِيقِ الْقَضَاءِ لَا فِي نَفْسِهِ فَإِنَّهُ يَنْفَعُ عَلَى الْمَخَالَفِ بِدُونِ تَنْفِيذِ آخَرَ كَمَا حَرَّرْنَاهُ^(٢) سَابِقًا، وَلِذَا قَالَ "العيني"^(٣): ((وَلَوْ قَضَتْ بِالْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ وَأَمْضَاهُ قَاضٍ آخَرَ يَرَى جَوَازَهُ جَازٌ بِالْإِجْمَاعِ؛ لِأَنَّ نَفْسَ الْقَضَاءِ مُحْتَهَدٌ فِيهِ، فَإِنَّ "شَرِيحًا" كَانَ يُحَوِّزُ شَهَادَةَ النِّسَاءِ مَعَ رَجُلٍ فِي الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ^(٤)، وَقَالَ الشَّيْخُ "أَبُو الْمَعِينِ النَّسْفِيُّ" فِي "شَرْحِ الْجَامِعِ الْكَبِيرِ"^(٥): وَلَوْ قَضَى الْقَاضِي فِي الْحُدُودِ بِشَهَادَةِ [٣/٢٣؛ ب/رجلٍ وامرأتين نَفَذَ قِضَاؤُهُ، وَلَيْسَ لغيرِهِ إِبْطَالُهُ؛ لِأَنَّهُ قَضَى فِي فَصْلِ مُحْتَهَدٍ فِيهِ، وَلَيْسَ نَفْسُ الْقَضَاءِ هُنَا مُخْتَلَفًا فِيهِ))، أَهـ، أَي: بِخِلَافِ قِضَاءِ الْمَرْأَةِ فِي الْحُدُودِ، فَإِنَّ الْمُحْتَهَدَ فِيهِ نَفْسُ الْقَضَاءِ.

(١) "رمز الحقائق": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٨٩/٢ بتصرف.

(٢) المَقُولَةُ [٢٦٣١٤] قوله: ((وَذَكَرَ فِي "الذَّرَرِ" لِمَا يَنْفَعُ سَبْعَ صُورٍ)).

(٣) "رمز الحقائق": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٨٩/٢.

(٤) رَوَى عَبْدُ الرَّزَّاقِ فِي "المُصَنَّفِ" (١٥٤١٧) عَنْ أَبِي سَفْيَانَ عَنْ ابْنِ عَوْنٍ عَنِ الشَّعْبِيِّ ((أَنَّ شُرَيْحًا أَجَازَ شَهَادَةَ امْرَأَتَيْنِ فِي عَيْتٍ)). وَرَوَى عَبْدُ الرَّزَّاقِ (١٥٤١٤) عَنْ ابْنِ جُرَيْجٍ عَنْ عَطَاءٍ قَالَ: ((تَحَوِّزُ شَهَادَةُ النِّسَاءِ مَعَ الرِّجَالِ فِي كُلِّ شَيْءٍ، وَتَحَوِّزُ عَلَى الزَّانَا امْرَأَتَانِ مَعَ ثَلَاثِ رِجَالٍ، رَأْيًا مِنْهُ)).

وَرَوَى عَبْدُ الرَّزَّاقِ (١٥٤١٦) قَالَ: أَخْبَرَنِي الْأَسْلَمِيُّ [مُتْرَوِكٌ] أَخْبَرَنِي الْحَجَّاجُ بْنُ أَرْطَاةَ عَنْ عَطَاءِ بْنِ أَبِي رِيحٍ ((أَنَّ عَمْرَ بْنَ الْمُطَّلَبِ أَجَازَ شَهَادَةَ رَجُلٍ وَاحِدٍ مَعَ نِسَاءٍ فِي نِكَاحٍ)). وَالصَّوَابُ الْأَوَّلُ. وَرَوَى عَبْدُ الرَّزَّاقِ (١٥٤١٥) عَنْ ابْنِ جُرَيْجٍ قَالَ: قَالَ ابْنُ شِهَابٍ: ((... تَحَوِّزُ شَهَادَةُ النِّسَاءِ عَلَى الْقَتْلِ إِذَا كَانَ مَعَهُنَّ رَجُلٌ وَاحِدٌ)).

وَرَوَى عَبْدُ الرَّزَّاقِ (١٨٨٩٦) عَنْ سَقِيَّانَ فِي رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ شَهِدُوا عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ سَرَقَ ثَوْبًا ثَمَنُهُ عَشْرُونَ دِرْهَمًا، قَالَ: ((تَحْوِيزُ شَهَادَتُهُمْ فِي الْمَالِ، وَلَا نَقْطَعُهُ)).

وَرَوَى مُحَمَّدُ بْنُ خَلْفٍ "وَكَيْعٌ" فِي "أَخْبَارِ الْقَضَاءِ" ٣٥٩/٢، عَنْ حَمَّادِ بْنِ زَيْدٍ عَنْ أَبِي بَرْبٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ سِيرِينَ: ((أَنَّ رَجُلَيْنِ احْتَصَمَا إِلَى شَرِيحٍ، وَادَّعَى شَهَادَةَ امْرَأَةٍ رَضِيََا بِقَوْلِهَا، وَأَرْسَلَ إِلَيْهَا وَجِيءَ بِهَا فَسَأَلَهَا فَقَضَى بَيْنَهُمَا بِقَوْلِهَا)).

(٥) شَرَحَ أَبِي الْمَعِينِ مِيْمُونُ بْنُ مُحَمَّدٍ بَنَ مُحَمَّدٍ بَنَ مُعْتَمِدِ الْمَكْحُولِيِّ النَّسْفِيُّ (ت ٥٠٨ هـ) عَلَى "الْجَامِعِ الْكَبِيرِ" لِلْإِمَامِ

مُحَمَّدٍ ("كَشَفُ الظُّنُونِ" ٥٧٠/١، "الْجَوَاهِرُ الْمُضِيَّةُ": ٥٢٧/٣، "الْفَوَائِدُ الْبَهِيمَةُ" ص ٢١٦-).

والخُنْثَى كالأُنْثَى، "بحر". واعلم أنه إذا وَقَعَ للقاضي حادثةٌ أو لولديه فأنابَ غيره، و^(١) (قَضَى نائِبُ القاضي له أو لولده جازَ) قضاؤه، (كما لو قَضَى للإمام الذي قَلَدَهُ القضاء أو لولد الإمام) "سراجية"^(٢). وفي "البرازية"^(٣): ((كُلُّ مَنْ تُقْبَلُ شهادتهُ له وعليه يصحُّ قضاؤه له وعليه)) اهـ،

[٢٦٥٩٦] (قوله: والخُنْثَى كالأُنْثَى) أي: فيصحُّ قضاؤه في غير حَدٍّ وَقَوْدٍ بالأولى، وينبغي أن لا يصحَّ في الحُدُودِ والقِصاصِ لشبهةِ الأُثُوَّةِ، "بحر"^(٤).
[٢٦٥٩٧] (قوله: أو لولده) أي: ونحوه من كُلِّ مَنْ لا تُقْبَلُ شهادتهُ له كما يُعْلَمُ ممَّا يأتي^(٥).
[٢٦٥٩٨] (قوله: فأنابَ غيره) أي: وكان من أهلِ الإنابة، "بحر"^(٦) عن "السَّراجية"^(٧)، أي: بأن كان ماذوناً له بالإنابة.
[٢٦٥٩٩] (قوله: كما لو قَضَى) أي: القاضي.

مطلب: شهادةُ الجندِ للأمير الخ

(قولُ "الشَّارح": وفي "البرازية": كُلُّ مَنْ تُقْبَلُ شهادتهُ إلخ) مُقتضى هذا فَيَقُولُ شهادةُ الرِّعَايا لِأميرهم، وكذا عُمَالمهم، وَيُظْهِرُ عليه أَنَّ السُّلْطَانَ - لو وَكَّلَ وَكِيلاً في شيءٍ - تُقْبَلُ شهادةُ الرِّعَايا له نظيرَ ما سَيَقُ متناً. وفي البابِ الرَّابِعِ فَيَمَنْ تُقْبَلُ شهادتهُ من "الهندية" عن "الخلاصة": ((شهادةُ الجندِ للأمير لا تُقْبَلُ إِنْ كانوا يُحْصَوْنَ، وَإِنْ كانوا لا يُحْصَوْنَ تُقْبَلُ، نَصٌّ في "الصِّيرْفِيَّة" في حَدِّ الإحصاء: مائةٌ وما ذُوْنُه، وما زَادَ عليه فهو لاءٌ لا يُحْصَوْنَ، كذا في "جواهرِ الأُخْلاطِ")) اهـ. قال في "التَّكْمِلَة": ((وقَلَمْنَاهُ في الشَّهادَاتِ)) اهـ. لكنَّ في "حاشيته" على "البحر": ((وعن شَرْفِ الأئمَّةِ: لا تُقْبَلُ شهادةُ الرِّعَايةِ لو كَبِلَ الرِّعَايةُ والشَّحْنَةُ والرَّئِيسُ والعاملُ لِجَهْلِهِم

(١) في "د" و"و": ((ف (قضى)) بالفاء بدل الواو.

(٢) "الفتاوى السراجية": كتاب القضاء - باب ما يجوز من القضاء وما لا يجوز ٢٦٢/٢ بتصرف.

(٣) "البرازية": كتاب أدب القاضي - نوع في إبطال القضاء ١٦٠/٥ (هامش الفتاوى الهندية).

(٤) "البحر": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٦/٧ بتصرف.

(٥) في هذه الصحيفة وما بعدها "در".

(٦) "البحر": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٦/٧.

(٧) "الفتاوى السراجية": كتاب القضاء - باب ما يجوز من القضاء وما لا يجوز ٢٦١/٢.

خلافاً لـ "الجواهر" و "الملتقط" ^(١)، فليُحفظُ.....

[٢٦٦٠٠] (قوله: خلافاً لـ "الجواهر") حيث قال فيها: ((القاضي إذا كانت له خصومة على إنسان، فاستخلف خليفه فقضى له على خصمه لا ينفذ؛ لأن قضاء نائبه كقضائه بنفسه، وذلك غير جائز؛ لما ذكر "محمد": أن من وكل رجلاً بشيء، ثم صار الوكيل قاضياً فقضى لموكله

ومثلهم خوفاً منه، وكذا شهادة المزارع اهـ. وهو صريح في عدم جواز شهادة من ذكر للثمة وفساد الزمان. وهذا الذي يجب أن يعول عليه في زماننا، فتدبر. وبه يعلم أن شهادة الفلاحين لشيخ قريتهم، وشهادتهم للقسام الذي يقسم عليهم، وشهادة الرعية لحاكمهم وعاملهم ومن له نوع ولاية عليهم لا تجوز) اهـ. ثم رأيت في "الزيعي" من القضاء ما نصه: ((أهل الشهادة؛ لأن كل واحد منهما ثبتت الولاية على الغير. الشاهد بشهادته يلزم الحاكم أن يحكم، والحاكم يحكمه يلزم الخصم، ومن صلح شاهداً صلح قاضياً، فكانا من باب واحد، فيستفاد أحدهما من الآخر)) اهـ. وفيه من الشهادة: ((روي أن الحسن "شهد لـ علي" مع "قنبر" عند "شريح" بدرع، فقال "شريح" لـ علي: انت بشاهد، فقال: مكان "الحسن" أو "قنبر"؟ فقال: مكان "الحسن"، قال: أما سمعت رسول الله ﷺ يقول لـ "الحسن" و "الحسين": ((هما سيدا أهل الجنة))؟! قال: سمعت، لكن انت بشاهد آخر، القصة إلى آخرها. وفيها: أنه استحسنت زادة في الرزق)) اهـ. وسيأتي في "الشرح" بعد أسطر: ((لا يقضي القاضي لمن لا تقبل شهادته له)) اهـ. وفي "قاضيخان شرح الزيادات" من كتاب السير: ((شهد فقيران مسلمان على رجل بسرقة شيء من بيت المال جازت شهادتهما، وكذا لو شهدا بمسجد أو طريق للعامة، وللقاضي أن يقضي بالغنية وإن كان له شركة فيها، وما لا يمنع القضاء لا يمنع الشهادة)) اهـ.

وفي "الخاتمة" من: فصل فيمن يجوز قضاء القاضي له: ((يجوز قضاء القاضي للأمير الذي ولاه، وكذا قضاء القاضي الأسفل للقاضي الأعلى، وقضاء الأعلى للأسفل)) اهـ.

وفي "البحر" من الشهادات: ((أن من لا تقبل شهادته له فلا يجوز قضاؤه له، فلا يقضي لأصله وإن علا، ولا لفرعه وإن سفل، ولا لوكيل من ذكرنا كما في قضائه لنفسه كما في "البرازية". وفيها: اختصم رجلان عند القاضي وكل أحدهما ابن القاضي أو من لا تجوز شهادته له، فقضى القاضي لهذا الوكيل لا يجوز، وإن قضى عليه يجوز إلخ)) اهـ.

(١) "الملتقط": كتاب الشهادات ص ٣٨٦..

(وَيَقْضِي النَّائِبُ بِمَا شَهِدُوا بِهِ عِنْدَ الْأَصْلِ، وَعَكْسُهُ) وهو قضاء الأصل بما شهدوا به عند النائب،
 به عند النائب،

في تلك الحادثة لم يَجْزُ؛ لَأَنَّهُ قَضَى لِمَنْ وَلَّاهُ ذَلِكَ، فَكَذَلِكَ نَائِبُ هَذَا الْقَاضِي))، قال: ((وَالْوَجْهُ لِمَنْ ابْتِنِيَ بِمِثْلِ هَذَا: أَنْ يَطْلُبَ مِنَ السُّلْطَانِ الَّذِي وَلَّاهُ أَنْ يُؤَلِّيَ قَاضِيًا آخَرَ حَتَّى يَخْتَصِمَا إِلَيْهِ فَيَقْضِي، أَوْ يَتَحَاكَمَا إِلَى حَاكِمٍ مُحْكَمٍ وَيَتَرَاخِيَا بِقَضَائِهِ فَيَقْضِي بَيْنَهُمَا، فَيَجُوزُ)) اهـ.
 قلت: ولعل هذا محمول على ما إذا لم يكن القاضي مأذوناً له بالإتابة كما يدل عليه قوله: ((وَالْوَجْهُ الْخ))، وإلا فلو كان مأذوناً كان نائبه نائباً عن السُّلْطَانِ كما مرَّ في فصل الحبس^(١)، فلا يحتاج إلى أن يطلب من السُّلْطَانِ تولية قاضٍ آخر، فلذا مشى "المصنف" هنا على الجواز وإن تَرَدَّدَ فِيهِ فِي "شَرْحِهِ"^(٢) قُبِيلَ قَوْلِهِ: ((وَيُرَدُّ هَدِيَّةً)).

(قول "المصنف": وَيَقْضِي النَّائِبُ بِمَا شَهِدُوا بِهِ عِنْدَ الْأَصْلِ، وَعَكْسُهُ) نظير هذا ما ذَكَرَ فِي "الدَّرَرِ" قُبِيلَ كِتَابِ الْقَاضِي: ((إِنْ غَابَ الْوَكِيلُ أَوْ مَاتَ بَعْدَمَا أُقِيمَتِ الْبَيِّنَةُ عَلَيْهِ، ثُمَّ حَضَرَ الْوَكِيلُ يُقْضَى عَلَيْهِ بِتِلْكَ الْبَيِّنَةِ، وَكَذَا لَوْ غَابَ الْوَكِيلُ ثُمَّ حَضَرَ الْوَكِيلُ فَإِنَّهُ يُقْضَى عَلَيْهِ بِتِلْكَ الْبَيِّنَةِ، وَكَذَا لَوْ مَاتَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ بَعْدَمَا أُقِيمَتِ عَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ يُقْضَى بِهَا عَلَى الْوَارِثِ، وَكَذَا لَوْ أُقِيمَتِ عَلَى أَحَدِ الْوَرِثَةِ ثُمَّ غَابَ يُقْضَى بِهَا عَلَى الْوَارِثِ الْآخَرِ، وَكَذَا لَوْ أُقِيمَتِ الْبَيِّنَةُ عَلَى نَائِبِ الصَّغِيرِ ثُمَّ بَلَغَ الصَّغِيرُ يُقْضَى بِهَا عَلَيْهِ، وَلَا يُكَلَّفُ بِإِعَادَةِ الْبَيِّنَةِ، كَذَا فِي "الْحَانَةِ")).

ثُمَّ اعْلَمْ أَنَّ مَا ذَكَرَهُ "المصنف" إِنَّمَا يَظْهَرُ فِيمَا لَوْ كَانَ الْقَاضِي الْمَأْذُونُ بِالْإِتَابَةِ أَنْبَابَ غَيْرِهِ لَا فِي نُوَابِ زَمَانِنَا، فَإِنَّ كُلَّامَ مِنَ الْقَاضِي وَالنَّائِبِ يَتَوَلَّى مِنْ قَبْلِ نَائِبِ السُّلْطَانِ، فَبِمَا عَمَلُهُ قَاضِيٌّ كُلُّ تَوَلَّى مِنَ الْخَلِيفَةِ.
 (قوله: ولعل هذا محمول على ما إذا لم يكن القاضي مأذوناً له بالإتابة إلخ) هذا الحمل غير مناسب، فإنَّ المانع من جواز قضاء النائب إنما هو أنَّ قضاء نائبه كقضائِهِ بِنَفْسِهِ، وَإِلَّا كَانَ الْمَانِعُ هُوَ عَدَمُ صَحَّةِ الْإِتَابَةِ، وَقَوْلُهُ: ((وَالْوَجْهُ)) لَا يَدُلُّ لِمَا قَالَهُ.

(١) ص ٤١٠ - "در".

(٢) "المنع": كتاب القضاء ٢/٥٤ق/ب - ٥٥/أ.

فيجوز للقاضي أن يقضي بتلك الشهادة بإخبار النائب وعكسه، "خلاصة"^(١).

(فروع)

لا يقضي القاضي لمن لا تقبل شهادته له إلا إذا ورد عليه كتاب قاضٍ لمن لا تقبل شهادته له، فيجوز قضاؤه به، "أشباه"^(٢). وفيها^(٣): ((لا يقضي لنفسه ولا لولده

[٢٦٦٠١] (قوله: لا يقضي القاضي إلخ) في "الهندية"^(٤): ((لا يجوز للقاضي أن يقضي لوكيله، ولا لوكيل وكيله، ولا لوكيل أبيه وإن علا، أو ابنه وإن سفل، ولا لعبده، ولا لمكاتبه، ولا لعبده من لا تقبل شهادته لهم^(٥)، ولا لمكاتبهم، ولا لشريكه مفوضة أو عينا في مال هذه الشراكة - كذا في "المحيط"^(٦) - وكل من لا تجوز شهادته كالوالدين والمولودين والزوج والزوجة، كذا في "شرح الطحاوي"^(٧)) اهـ ملخصاً. وفي "معين الحكم"^(٨): ((يما يجري مجرى القضاء الإفتاء، فينبغي للمفتي الهروب من هذا متى قدر)) اهـ، أي: وكان هناك مفت غير، "حموي"^(٩)، "ط"^(١٠).
قلت: والعلة في ذلك التهمة.

(قول "الشرح": فيجوز قضاؤه به إلخ) القصد أن قضاء المكتوب إليه لا يبره صحيح.

- (١) "الخلاصة": كتاب القضاء - الفصل الثاني في أدب القضاة والحكام - الجنس الرابع في المعاملة مع المدعي والمدعى عليه ق ١٩٧/أ بتصرف، وعبارتها: ((إحضار)) بدل ((إخبار)) بتصرف.
- (٢) "الأشياء والنظائر": الفن الثاني: الفوائد - كتاب القضاء والشهادات والدعاوى ص ٢٦٨ - بتصرف.
- (٣) "الفتاوى الهندية": كتاب أدب القاضي - الباب العشرون فيما يجوز فيه قضاء القاضي وما لا يجوز ٣/٣٦٦ - ٣٦٧.
- (٤) في النسخ جميعها: ((شهادتهم له))، وما أثبتناه من "المحيط" و"الهندية" و"ط".
- (٥) "المحيط البرهاني": كتاب القضاء - الفصل العشرون فيما يجوز فيه قضاء القاضي وما لا يجوز ٤/ق ٨٠/ب.
- (٦) هو شرح أبي نصر الأسدي (ت حدود ٤٨٠هـ) على "مختصر الطحاوي"، وتقدم ترجمته: ٤٨٧/١، ٤٥٠/٣.
- (٧) "معين الحكم": الباب الخامس في أركان القضاء - الركن الثالث: المفتي له ص ٣٩.
- (٨) "غمر عيون البصائر": الفن الثاني: الفوائد - كتاب القضاء والشهادات والدعاوى ٢/٣٦٣.
- (٩) "ط": كتاب القضاء - باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره ٣/٢١٣.

إِلَّا فِي الْوَصِيَّةِ))، وَحَرَّرَ "الشَّرْئِبْلَالِي" فِي "شَرْحِهِ" لـ "الْوَهَابِيَّةِ" صَحَّةَ قَضَاءِ الْقَاضِي لِأُمِّ امْرَأَتِهِ وَلَا مَرَأَةِ أَبِيهِ وَلَوْ فِي حَيَاةِ امْرَأَتِهِ وَأَبِيهِ، وَأَنَّهُ يَقْضِي فِيهَا هُوَ تَحْتَ نَظَرِهِ مِنْ الْأَوْقَافِ، وَزَادَ بَيْتَيْنِ فَقَالَ: [طويل]

وَيَقْضِي لِأُمِّ الْعَرُوسِ حَالَ حَيَاتِهَا
وَعَرَسَ أَبِيهِ وَهُوَ حَيٌّ مُحَرَّرٌ

[٢٦٦٠٢] (قوله: إِلَّا فِي الْوَصِيَّةِ) صُورَتُهَا مَا فِي "الْأَشْبَاهِ"^(١): ((لو كان القاضي غريماً ميتاً، فَأُتِيَ أَنَّهُ فَلَانٌ وَصِيَّهُ صَحَّ، وَبَرِيءٌ بِالذَّفْعِ إِلَيْهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا دَفَعَ لَهُ قَبْلَ الْقَضَاءِ امْتَنَعَ الْقَضَاءُ، وَبِخِلَافِ الْوَكَالَةِ عَنْ غَائِبٍ، فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ الْقَضَاءُ بِهَا إِذَا كَانَ الْقَاضِي مَدْيُونٌ الْغَائِبِ سِوَاءَ كَانَ قَبْلَ الذَّفْعِ أَوْ بَعْدَهُ)).

[٢٦٦٠٣] (قوله: وَلَوْ فِي حَيَاةِ امْرَأَتِهِ وَأَبِيهِ) لَكِنْ بَعْدَ مَوْتِهَامَا يَقْضِي فِيهَا لَمْ يَرْتِ مِنْهُ كَمَا يَأْتِي^(٢).

[٢٦٦٠٤] (قوله: وَزَادَ بَيْتَيْنِ) أَي: زَادَ عَلَى نَظْمِ "الْوَهَابِيَّةِ" بَيْتَيْنِ وَهِيَ الْأَوَّلَانِ، أَمَّا الثَّالِثُ فَهُوَ مِنْ زِيَادَاتِ شَارِحِهَا "ابْنِ الشَّحْنَةِ"^(٣)، نَقَلَهُ عَنْهُ "الشَّرْئِبْلَالِي" فِي "شَرْحِهِ".

[٢٦٦٠٥] (قوله: لِأُمِّ الْعَرُوسِ) بِكَسْرِ الْعَيْنِ، أَي: لِأُمِّ زَوْجَتِهِ.

[٢٦٦٠٦] (قوله: مُجَرَّرٌ) خَبِرَ لِمَبْتَدَأٍ مَحْذُوفٍ، أَي: هَذَا الْحُكْمُ مُحَرَّرٌ، "ط"^(٤).

(قوله: وَبِخِلَافِ الْوَكَالَةِ عَنْ غَائِبٍ) (لَخ) يُنْظَرُ الْفَرْقُ بَيْنَ الْوَكَالَةِ وَالْإِيصَاءِ، ثُمَّ رَأَيْتُ "الْحَمَوِيَّ" فِي "حَاشِيَةِ الْأَشْبَاهِ" ذَكَرَهُ حَيْثُ قَالَ: ((وَالْفَرْقُ: أَنَّ الْقَاضِيَّ يَمْلِكُ نَصْبَهُ بِدُونِ الْبَيِّنَةِ؛ لِانْقِطَاعِ الرَّجَاءِ عَنْ النَّظَرِ لِنَفْسِهِ، فَلَمْ يَكُنْ مَتَّهِمًا، وَلَا يَمْلِكُ نَصْبَ الْوَكِيلِ عَنِ الْغَائِبِ؛ لِرَجَاءِ حُضُورِهِ)) اهـ.

(١) "الْأَشْبَاهُ وَالنِّظَائِرُ": الْفَرْقُ الثَّانِي: الْفَوَائِدُ - كِتَابُ الْقَضَاءِ وَالشَّهَادَاتِ وَالِدَّعَاوَى ص ٢٦٨ - ٢٦٩..

(٢) الْمَقُولَةُ [٢٦٦٠٨] قَوْلُهُ: ((مَقْضِيٌّ)).

(٣) لَمْ نَعْرِ عَلَيْهِ فِي مَطْبُوعَةٍ "تَفْصِيلُ عَقْدِ الْفَرَائِدِ" الَّتِي بَيْنَ أَيْدِينَا.

(٤) "ط": كِتَابُ الْقَضَاءِ - بَابُ كِتَابِ الْقَاضِي إِلَى الْقَاضِي وَغَيْرِهِ ٢١٤/٣.

وبعد وفاة إن خلا عن نصيبه
وميراث مَقْضِيٍّ به فتَبَصَّرُوا
ويَقْضِي بوقفي^(١) مُسْتَحَقٌّ لرعيه
لوَصَفَ القضا والعلم أو كان يَنْظُرُ

[٢٦٦٠٧] (قوله: ميراث) بدون تنوين للضرورة، ولو قال: ((من الإرث)) لكان أولى.
[٢٦٦٠٨] (قوله: مَقْضِيٍّ) بالرفع فاعل ((خلا))، قال "الشَّرْئِيلِيُّ" في "شرحِه": ((فأُمُّ زَوْجَتِهِ يَصِحُّ لَهَا الْقَضَاءُ بِالْمَالِ وَغَيْرِهِ حَالِ حَيَاةِ زَوْجَتِهِ، وَبَعْدَ مَوْتِ الزَّوْجَةِ يَصِحُّ فِيمَا لَمْ يَكُنْ مِيرَاثًا لَهُ عَنْ زَوْجَتِهِ، وَلَا يَصِحُّ فِي الْمَوْرُوثِ لِاسْتِحْقَاقِ الْقَاضِي حِصَّةً مِنْهُ بِالْمِيرَاثِ مِنْ زَوْجَتِهِ. وَقَضَاؤُهُ لَزَوْجَةٍ أَيْهِ كَذَلِكَ فِي حَالِ حَيَاةِ الْأَبِّ يَصِحُّ مُطْلَقًا، وَبَعْدَ مَوْتِهِ يُخَصُّ بِمَا لَا يَرِثُ مِنْهُ الْقَاضِي كَمَا إِذَا ادَّعَتْ اسْتِحْقَاقًا فِي وَقْفٍ يَخُصُّهَا)) اهـ. ولا يخفى أَنَّ هَذَا أَيْضًا مَخْصُوصٌ بِمَا إِذَا كَانَتْ أُمُّ زَوْجَتِهِ الْمَقْضِيَّةُ لَهَا حَيَّةً، وَإِلَّا كَانَ قَضَاءُ لَزَوْجَتِهِ فِيمَا تَرِثُ مِنْهُ.
[٢٦٦٠٩] (قوله: وَيَقْضِي إلخ) فاعله قوله: ((مُسْتَحَقٌّ))، قال "الشَّرْئِيلِيُّ": ((صورتُهَا: وَقَفَ عَلَى عِلْمَاءٍ كَذَا وَسَلَّمَ لِلْمُتَوَلَّى، فَادَّعَى فُسَادَ [٢٣٥٣/٣] الْوَقْفِ بِسَبَبِ الشُّيُوعِ عِنْدَ قَاضٍ هُوَ مِنْ أَوْلَئِكَ الْعِلْمَاءِ نَفَذَ قَضَاؤَهُ، وَكَذَا يَقْضِي فِيمَا هُوَ تَحْتَ نَظَرِهِ مِنَ الْأَوْقَافِ)). قَالَ "ابْنُ الشَّحْنَةِ"^(٢): ((وَقَوْلِي: لَوْصَفَ الْقَضَا وَالْعِلْمَ لِيُخْرِجَ مَا لَوْ كَانَ اسْتِحْقَاقُهُ لَدَائِهِ لَا لَوْصَفٍ))، وَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ نَظِيرُ مَسْأَلَةِ الشَّهَادَةِ عَلَى وَقْفٍ لِمَدْرَسَةٍ [و] ^(٣) هُوَ مُسْتَحَقٌّ، وَسَتَأْتِي فِي كِتَابِ الشَّهَادَاتِ^(٤)، وَاللَّهُ سَبْحَانَهُ أَعْلَمُ.

٣٥٧/٤

(قوله: وَلَا يَخْفَى أَنَّ هَذَا أَيْضًا مَخْصُوصٌ بِمَا إِذَا كَانَتْ أُمُّ زَوْجَتِهِ إلخ) تَقْيِيدٌ لِلشَّقِّ الْأَوَّلِ فِي كَلَامِ "الشَّرْئِيلِيِّ".

(١) فِي "د": ((لَوْقَف)).

(٢) لَمْ نَعَثَرِ عَلَيْهَا فِي مَطْبُوعَةِ "تَفْصِيلِ عَقْدِ الْفَرَائِدِ" الَّتِي بَيْنَ أَيْدِينَا.

(٣) مَا يَنْ مَنكَسِرِينَ لَيْسَ فِي النُّسخِ جَمِيعُهَا، وَهُوَ لِتَصْحِيحِ الْعِبَارَةِ كَمَا يَفْهَمُ مِنْ عِبَارَتِهِ فِي كِتَابِ الشَّهَادَاتِ فِي

الْمَقُولَةِ: [٢٦٩٧١] قَوْلُهُ: ((الْمَدْرَسَةُ)).

(٤) الْمَقُولَةُ [٢٦٩٧١] قَوْلُهُ: ((الْمَدْرَسَةُ)).

هذه «مسائل شتى»

أي: مُتَفَرِّقَةٌ، وجاءوا شَتَّى، أي: مُتَفَرِّقِينَ.
(يُمْنَعُ صَاحِبُ سُفْلٍ عَلَيْهِ عُلوٌّ) أي: طَبَقَةٌ (لَا آخَرَ مِنْ أَنْ يَتَدَ) أي: يَذُقُّ الْوَتَدَ
(فِي سُفْلِهِ) وَهُوَ الْبَيْتُ التَّحْتَانِي،.....

هذه مسائل شتى

قَدَّرَ "الشارح" لَفْظَ ((هذه)) إِشارةً إِلَى أَنَّ ((مسائل)) خَبِرُ مُبْتَدَأٍ مَحذُوفٍ، و((شَتَّى)) صِفَةٌ لـ ((مسائل)).

[٢٦٦١٠] (قوله: أي: مُتَفَرِّقَةٌ) وَمِنْهُ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿إِنْ سَعَيْكَ لَشِقَ﴾ [الليل: ٤]، أي: لَمْ يُخْتَلَفْ فِي الْجَزَاءِ، وَتَمَامُهُ فِي "البحر" (١).

[٢٦٦١١] (قوله: سُفْلٍ) بِكَسْرِ السَّيْنِ وَضَمِّهَا: ضِدُّ (الْعُلُوِّ) بَضْمُ الْعَيْنِ وَكَسْرُهَا مَعَ سَكُونِ اللَّامِ فِيهِمَا، "ط" (٢) عَنْ "الحموي".

[٢٦٦١٢] (قوله: مِنْ أَنْ يَتَدَ) أَوَّلُهُ: يُوْتَدَ، حُنِفَتِ الْوَاوُ لَوْقُوعِهَا بَيْنَ الْبَاءِ وَالْكَسْرِ، مِنْ بَابِ ضَرْبٍ. وَالْوَتَدُ - كَمَا فِي "البحر" (٣) عَنْ "البنائية" (٤) - : ((كَالْخَزُوقِ: الْقِطْعَةُ مِنَ الْخَشَبِ أَوْ الْحَدِيدِ يَذُقُّ فِي الْحَائِطِ لِيُعْلَقَ عَلَيْهِ شَيْءٌ أَوْ يُرَبَطَ بِهِ))، وَفِي "البحر" (٥) أَيْضًا: ((وَأَشَارَ "المصنف" إِلَى مَنْعِهِ مِنْ فَتْحِ الْبَابِ وَوَضْعِ الْجَذُوعِ وَهَذَا سُفْلُهُ. وَفِيدَ بِالتَّصْرُفِ فِي الْجِدَارِ احْتِرَازًا عَنْ تَصْرُفِهِ فِي سَاحَةِ السُّفْلِ، فَذَكَرَ "قاضي خان" (٦): لَوْ حَفَرَ صَاحِبُ السُّفْلِ فِي سَاحَتِهِ بَرًّا وَمَا أَشْبَهَهُ لَهُ ذَلِكَ عِنْدَهُ وَإِنْ تَصَرَّرَ بِهِ صَاحِبُ الْعُلُوِّ، وَعِنْدَهُمَا الْحَكْمُ مَعْلُومٌ بِعِلَّةِ الضَّرَرِ)) اهـ.

(١) انظر "البحر": كتاب القضاء - مسائل شتى ٢٩/٧.

(٢) "ط": كتاب القضاء - مسائل شتى ٢١٤/٣ بتصرف.

(٣) "البحر": كتاب القضاء - مسائل شتى ٢٩/٧.

(٤) "البنائية": كتاب أدب القاضي - باب التحكيم - مسائل شتى من كتاب القضاء ٧٤/٨ بتصرف.

(٥) "البحر": كتاب القضاء - مسائل شتى ٢٩/٧ باختصار.

(٦) "شرح الجامع الصغير لقاضي خان": كتاب القضاء ٢/٩٢ أ.

(أو يَنْقَبَ كَوَّةً) بفتحٍ أو ضَمٍّ: الطَّاقَةُ، وكذا بالعكس، دَعَوَى "المجمع" (بلا رِضا الآخر) وهذا عنده، وهو القياس، "بجر" ^(١).

[٢٦٦١٣] (قوله: بفتحٍ و ^(٢) ضَمٍّ) أي: مع تشديد الواو، ويُجمَعُ الأوَّلُ على كَوَاتٍ كحَبَّةٍ وَحَبَاتٍ، والثَّانِي على كَوَى ^(٣) بالمدِّ والقَصْرِ كَمُدَّةٍ وَمُدَّى، "ط" ^(٤).
والكَوَّةُ: نَقَبُ البَيْتِ، وتُسْتَعَارُ لِمَفَاتِيحِ المَاءِ إلى المزارع والجداول، "بجر" ^(٥) عن "المغرب" ^(٦). والمرادُ بها ما يُفْتَحُ في حائطِ البيتِ لأجلِ الضَّوءِ، أو ما يُخْرِقُ فيه بلا نفاذٍ لأجلِ وَضْعِ متاعٍ ونحوه.

[٢٦٦١٤] (قوله: الطَّاقَةُ) تفسِيرٌ للكَوَّةِ، لكن في "القاموس" ^(٧): ((الطَّاقُ: ما عُطِفَ مِنَ الأبنية))، ولم أرَ مَنْ ذَكَرَهُ في اللُّغَةِ بالثَّاء، تأمل.

[٢٦٦١٥] (قوله: وكذا بالعكس إلخ) أي: كما يُمنَعُ ذو السُّفْلِ يُمنَعُ ذو العُلُوِّ، وعِبَارَةُ "المجمع": ((وكلُّ مَنْ صاحِبِ عُلُوٍّ وسُّفْلٍ مُنَوَّعٌ مِنَ التَّصَرُّفِ فِيهِ إِلَّا بِإِذْنِ الآخرِ، وأَجْزَاؤُهُ ^(٨) إِنْ لَمْ يَضُرَّ بِهِ)). وفي "العيني" ^(٩): ((وعلى هذا الخلاف إذا أَرَادَ صاحِبُ العُلُوِّ أَنْ يَنِينِي عَلَى العُلُوِّ شَيْئاً أَوْ بَيْتاً، أَوْ يَضَعُ عَلَيْهِ جُذُوعاً، أَوْ يُحْدِثَ كُنِيفاً)) اهـ. وكذا جَعَلَهُ في "الهداية" ^(١٠).

(١) "البحر": كتاب القضاء - مسائل شَتَّى ٢٩/٧ بتصرف.

(٢) في "م" و "و" و "م": ((أو)).

(٣) في "ق" و "ب" و "م": ((كواء))، وما أُنْبِتَهُ من "الأصل" هو الصواب، لأن ((كواء)) هي جَمْعُ ثَانٍ لـ (كَوَّة) بفتح الكاف.

(٤) "ط": كتاب القضاء - مسائل شَتَّى ٢١٤/٣ بتصرف، نقلاً عن الحموي.

(٥) "البحر": كتاب القضاء - مسائل شَتَّى ٢٩/٧ بتصرف.

(٦) "المغرب": مادة ((كوي)) بتصرف.

(٧) "القاموس": مادة ((طوق)).

(٨) في "ق": ((وأجزأه)) بالإنفراد، وهو خطأ.

(٩) "رمز الحقائق": كتاب القضاء - مسائل شَتَّى ٩٣/٢ بتصرف.

(١٠) "الهداية": كتاب أدب القاضي - مسائل شَتَّى ١٠٩/٣.

وقالوا: لكل فعل ما لا يضرُّ، ولو انهدم السُّقْلُ بلا صنْعِ رَبِّهِ لم يُجْبَرْ على البناءِ لعدمِ التعدّي، ولذِي العُلُوِّ أَنْ يَبْنِيَ ثُمَّ يَرْجِعَ بِمَا أَنْفَقَ إِنْ بَنَى بِإِذْنِهِ أَوْ إِذْنِ قَاضٍ، وَإِلَّا فَبِقِيَمَةِ البناءِ يَوْمَ بَنَى،

على الخلاف، لكن في "البحر" ^(١) عن قِسْمَةِ "الولوالجِئَةِ" ^(٢): ((اِخْتَلَفَ الْمُشَايخُ عَلَى قَوْلِهِ، فَقِيلَ: لَهُ أَنْ يَبْنِيَ مَا بَدَأَ لَهُ مَا لَمْ يَضُرَّ بِالسُّقْلِ، وَقِيلَ: وَإِنْ أَضُرَّ، وَالْمُخْتَارُ لِلْفَتْوَى أَنَّهُ إِذَا أَشْكَلَ أَنَّهُ يَضُرُّ أَمْ لَا؟ لَا يَمْلِكُ، وَإِذَا عَلِمَ أَنَّهُ لَا يَضُرُّ يَمْلِكُ)).

[٢٦٦١٦] (قوله: وقالوا إلخ) قال في "الفتح" ^(٣): ((قِيلَ: مَا حُكِيَ عَنْهُمَا تَفْسِيرٌ لِقَوْلِ "الإمام"؛ لَأَنَّهُ إِنَّمَا يُمْنَعُ مَا فِيهِ ضَرَرٌ ظَاهِرٌ لَا مَا لَا ضَرَرَ فِيهِ، فَلَا خِلَافَ بَيْنَهُمَا، وَقِيلَ: بَيْنَهُمَا خِلَافٌ، وَهُوَ مَا فِيهِ شَكٌّ، فَمَا لَا شَكَّ فِي عَدَمِ ضَرَرِهِ كَوَضْعِ مِسْمَارٍ صَغِيرٍ أَوْ وَسْطِ يَجُوزُ اتِّفَاقًا، وَمَا فِيهِ ضَرَرٌ ظَاهِرٌ كَفَتْحِ الْبَابِ يَنْبَغِي أَنْ يُمْنَعَ اتِّفَاقًا، وَمَا يُشَكُّ فِي التَّضَرُّرِ بِهِ كَذَقِّ الْوَيْدِ فِي الْجِدَارِ أَوْ السَّقْفِ فَعَنْدَهُمَا لَا يُمْنَعُ، وَعِنْدَهُ يُمْنَعُ)) اهـ. وفي قِسْمَةِ "المنية": ((أَنَّ الْمُخْتَارَ أَنَّ الْخِلَافَ إِذَا أَشْكَلَ، فَعِنْدَهُ يُمْنَعُ، وَعِنْدَهُمَا لَا)) اهـ، وكذا يأتي في كلام "الشَّارَحِ" قريبا ^(٤): ((أَنَّهُ الْمُخْتَارُ لِلْفَتْوَى)).

[٢٦٦١٧] (قوله: ولو انهدم السُّقْلُ إلخ) أي: بنفسه، وأما لو هَدَمَهُ فَقَدْ قَالَ فِي "الفتح" ^(٥): ((وَعَلِمْتُ أَنَّهُ لَيْسَ لِمُصَاحِبِ السُّقْلِ هَدْمُهُ، فَلَوْ هَدَمَهُ يُجْبَرُ عَلَى بَنَائِهِ؛ لَأَنَّهُ تَعَدَّى عَلَى حَقِّ صَاحِبِ الْعُلُوِّ، وَهُوَ قَرَارُ ^(٦) الْعُلُوِّ)).

(١) "البحر": كتاب القضاء - مسائل شتى ٢٩/٧ بتصرف.

(٢) "الولوالجِئَةِ": الفصل الأول فيما تجوز القسمة وفيما لا تجوز إلخ ٣١٠/٣ بتصرف.

(٣) "الفتح": كتاب أدب القاضي - مسائل مثورة من كتاب القضاء ٤١١/٦ بتصرف.

(٤) ص ٦٠٧ - "در".

(٥) "الفتح": كتاب أدب القاضي - مسائل مثورة من كتاب القضاء ٤١١/٦ - ٤١٢.

(٦) في "١": ((اقرار)).

وتأمله في "العيني".

مطلب فيما لو انهدم المشترك وأراد أحدهما البناء وأبى الآخر

(٢٦٦١٨) (قوله: وتأمله في "العيني") حيث قال^(١): ((بخلاف الدار المشتركة إذا انهدمت فيناها أحدهما بغير إذن صاحبه حيث لا يرجع؛ لأنه متبرع؛ إذ هو ليس بمضطر؛ لأنه يمكنه أن يقسم عرصتها ويبنى في نصيبه، وصاحب [٢/٢٣٥/٣] العلو ليس كذلك، حتى لو كانت الدار صغيرة بحيث لا يمكن الانتفاع بنصيبه بعد القسمة كان له أن يرجع، وعلى هذا إذا انهدم بعض الدار أو بعض الحمام فأصلحه أحد الشريكين له أن يرجع؛ لأنه مضطر؛ إذ لا يمكنه قسمة بعضه، ولو انهدم كله فعلى التفصيل الذي ذكرناه)) اهـ، أي: إن أمكنه قسمة العرصة ليبني في نصيبه لا يكون مضطراً، وإلا كان مضطراً.

والحاصل: أنه إذا انهدم كل الدار أو الحمام فإن كان يمكنه قسمة العرصة ليبني في نصيبه لا يكون مضطراً، فلو عمر بدون إذن شريكه يكون متبرعاً.

والظاهر: أن المراد ما إذا أمكنه إعادة العرصة داراً أو حماماً كما كانت لا مطلق البناء، وإن كان لا يمكن قسمة العرصة فهو مضطراً، وإن انهدم بعض الحمام أو بعض الدار فهو مضطراً أيضاً. والظاهر: أن المراد ما إذا كانت الدار صغيرة، أما إذا كانت كبيرة يمكن قسمتها فإنه يقسمها فإن خرج المتهدم في نصيبه بناءً، أو في نصيب شريكه يفعل به شريكه ما أَرَادَ.

(تنبيه)

قال في "البحر"^(٢): ((وذكر "الخلواني" ضابطاً فقال: كل من أجبر أن يفعل مع شريكه

﴿هذه مسائل شتى﴾

(قوله: حتى لو كانت الدار صغيرة إلخ) انظر ما تقدم في الشراكة، فإن مقتضاه توقف الرجوع على إذن الشريك أو القاضي، ويدل عليه ما سيأتي له أيضاً، وأن المسألة المذكورة خلافية.

(١) "رمز الحقائق": كتاب القضاء - مسائل شتى ٩٣/٢.

(٢) "البحر": كتاب القضاء - مسائل شتى ٣٤/٧.

فإذا فعل أحدهما بغير أمر الآخر لم يرجع؛ لأنه متطوع؛ إذ كان يمكنه أن يجبر مثل: كَرِي الأَنْهَارِ، وإصلاح السفينة المعيبة، وفداء العبد الجاني. وإن لم يجبر لا يكون متطوعاً كمسألة انهدام العلو والسفل اهـ. ومن ذلك لو أنفق على الدابة بلا إذن شريكه لم يرجع؛ لتمكُّبه من رفعه إلى القاضي ليُجبر، بخلاف الزرع المشترك فإنه يرجع؛ لأنه لا يجبر شريكه كما في "المحيط"، فكان مضطراً) اهـ، وتمام ذلك فيه.

وذكر^(١) قبله: ((أَنَّ صَاحِبَ الْعُلُوِّ إِنْ بَنَى السُّفْلَ بِأَمْرِ الْقَاضِي رَجَعَ بِمَا أَنْفَقَ، وَإِلَّا فَبِقِيَمَةِ الْبِنَاءِ، بِهِ يُقْتَى، وَالصَّحِيحُ أَنَّ الْمَعْتَبَرَ فِي الرَّجُوعِ قِيَمَةُ الْبِنَاءِ يَوْمَ الْبِنَاءِ لَا يَوْمَ الرَّجُوعِ)).

قلت: وقد تلخص من هذا الأصل ومما قبله: أنه إن لم يضطر - بأن أمكنه القسمة - فعمر بلا أمر فهو مبرع، وإلا فإن كان شريكه يجبر على العمل معه ككاري النهر ونحوه فكذلك، وإن كان شريكه لا يجبر كمسألة السفل لا يكون مبرعاً، بل يرجع بما أنفق إن بنى بأمر القاضي، وإلا فبقِيَمَةِ البناء يوم البناء، وقد وقع في هذه المسألة اضطراب كثير، وقدمنا^(٢) تمام الكلام عليها آخر الشريعة. وكنت نظمت ذلك بقولي:

وإن يُعْمَرِ الشَّرِيكَ الْمُشْتَرَكُ	بدون إذن للرجوع ما ملك
إن لم يكن لذاك مضطراً بأن	أمكنه قسمة ذلك السكن
أما إذا اضطرر لذا وكان من	أبى على التعمير يجبر فإن
بإذنه أو إذن قاضي يرجع	وفعله بدون ذا تبرع
ثم إذا اضطر ولا جبر كما	في السفل والجدار يرجع بما
أنفقه إن كان بالإذن بنى	لذا وإلا فبقِيَمَةِ البناء

(١) أي: صاحب "البحر": كتاب القضاء - مسائل شتى ٣٠/٧ بتصرف.

(٢) المقلوبة [٢١٢٢٧] قوله: ((والضابط إلخ)).

ثُمَّ اعْلَمْ أَنَّ صَاحِبَ الْعُلُوِّ إِذَا بَنَى السُّفْلَ فَلَهُ أَنْ يَمْنَعَ صَاحِبَ السُّفْلِ مِنَ السُّكْنَى حَتَّى يَدْفَعَ إِلَيْهِ؛ لِكَوْنِهِ مُضْطَرًّا، وَكَذَا حَائِطُ بَيْنَ اثْنَيْنِ لِهَمَّا عَلَيْهِ خَشَبٌ فَبَنَى أَحَدُهُمَا فَلَهُ مَنَعُ الْآخَرِ مِنْ وَضْعِ الْخَشَبِ حَتَّى يُعْطِيَهُ نَصْفَ قِيَمَةِ الْبِنَاءِ مَبْنِيًّا كَمَا فِي "الْبَحْرِ"^(١). وَفِيهِ^(٢) عَنْ "جَامِعِ الْفُصُولِينَ"^(٣): ((لِكُلِّ مِنْ صَاحِبِ السُّفْلِ وَالْعُلُوِّ حَقٌّ فِي مِلْكِ الْآخَرِ: لِذِي الْعُلُوِّ حَقُّ قَرَارِهِ، وَلِذِي السُّفْلِ حَقُّ دَفْعِ الْمَطَرِ وَالشَّمْسِ عَنِ السُّفْلِ)) اهـ.

ثُمَّ نَقَلَ^(٤) عَنْهُ^(٥) أَيْضًا: ((لَوْ هَدَمَ ذُو السُّفْلِ سُقْلَهُ وَذُو الْعُلُوِّ عُلوَّهُ أَخَذَ ذُو السُّفْلِ بِنِوَاءِ سُقْلِهِ؛ إِذْ قَوَّتَ عَلَيْهِ حَقًّا الْحَقُّ بِالْمِلْكِ، فَيُضْمَنُ كَمَا لَوْ قَوَّتَ عَلَيْهِ مِلْكًا)) اهـ.

قَالَ فِي "الْبَحْرِ"^(٦): ((وِظَاهِرُهُ أَنَّهُ لَا جَبْرَ عَلَى ذِي الْعُلُوِّ، وَظَاهِرُ "الْفَتْحِ"^(٧) خِلَافُهُ، وَهُوَ مَحْمُولٌ عَلَى مَا إِذَا بَنَى ذُو السُّفْلِ سُقْلَهُ وَطَلَبَ مِنْ ذِي الْعُلُوِّ بِنَاءَ عُلوِّهِ فَإِنَّهُ يُجْبَرُ)) اهـ، أَيْ: لِأَنَّ فَرْضَ ٢٣٠ ق/٢١ الْمَسْأَلَةِ أَنَّهُ هَدَمَ عُلوَّهُ، فَيُجْبَرُ عَلَى بِنَائِهِ بَعْدَمَا بَنَى ذُو السُّفْلِ سُقْلَهُ لَا قَبْلَهُ، وَإِنَّمَا أُجْبِرَ لِأَنَّ لِذِي السُّفْلِ حَقًّا فِي الْعُنُوِّ كَمَا عَلِمْتَ، وَأَمَّا لَوْ انْهَدَمَ الْعُلُوُّ بِلَا صُنْعِهِ فَلَا يُجْبَرُ؛ لِعَدَمِ تَعَدُّيهِ - كَمَا ذَكَرَهُ^(٨) "الشَّارَحُ" - فِيمَا لَوْ انْهَدَمَ السُّفْلُ. وَفِي "الْبَحْرِ"^(٩) عَنْ "الدَّخِيرَةِ": ((سَقْفُ السُّفْلِ وَجُدُوغُهُ وَهَرَادِيُّهُ وَبَوَارِيهِ وَطِينُهُ لِذِي السُّفْلِ)). قَالَ^(١٠): ((وَذَكَرَ "الطَّرَسُوسِيُّ"^(١١): أَنَّ الْهَرَادِيَّ: مَا يُوضَعُ فَوْقَ السَّقْفِ مِنْ قَصَبٍ أَوْ عَرِيشٍ)) اهـ.

(١) "البحر": كتاب القضاء - مسائل شتى ٣٠/٧.

(٢) "جامع الفصولين": الفصل السادس والثلاثون في مسائل المحيطان ٢٠٧/٢.

(٣) أي: صاحب "البحر": كتاب القضاء - مسائل شتى ٣٠/٧.

(٤) أي: عن "جامع الفصولين": الفصل السادس والثلاثون في مسائل المحيطان ٢٠٧/٢.

(٥) "البحر": كتاب القضاء - مسائل شتى ٣٠/٧.

(٦) "الفتح": كتاب أدب القاضي - مسائل مثورة من كتاب القضاء ٤١٢/٦.

(٧) ص ٥٩١ - "در".

(٨) "البحر": كتاب القضاء - مسائل شتى ٣٠/٧.

(٩) لم نعر على المسألة في مطبوعة "أنفع الوسائل" التي بين أيدينا، ولعلها في مؤلف آخر له.

قلت: لكن في "المغرب" ^(١) عن "الليث": ((الهُرْدِيَّةُ: قَصَبَاتٌ ^(٢) تُضَمُّ مَلَوِيَّةٌ بِطَاقَاتٍ مِنَ الْكَرْمِ يُرْسَلُ عَلَيْهَا قُضْبَانُ الْكَرْمِ)) اهـ، فهي التي تُسَمَّى فِي عُرْفِنَا سِقَالَةً. هذا، وذكر في "الخيرية" ^(٣): ((أَنَّ تَطْيِينَ سَقْفِ السُّفْلِ لَا يَجِبُ عَلَى وَاحِدٍ مِنْهُمَا ^(٤)، أَمَّا ذُو الْعُلُوِّ فَلَعَدَمُ وَجُوبِ إِصْلَاحِ مَلِكِ الْغَيْرِ عَلَيْهِ وَإِنْ تَلَفَ الطُّيْنُ بِالسَّكَنِ الْمَأْذُونِ فِيهِ شَرْعاً، إِلَّا إِذَا تَعَدَّى بِإِزَالَتِهِ فَيُضْمَنُهُ، وَأَمَّا ذُو السُّفْلِ فَلَعَدَمُ إِجْبَارِهِ عَلَى إِصْلَاحِ مَلِكِهِ، فَإِنْ شَاءَ طَيَّنَهُ وَرَفَعَ ضَرَرَ ^(٥) وَكَفَى الْمَاءَ عَنْهُ، وَإِنْ شَاءَ تَحَمَّلَ ضَرَرَهُ)).

(تَمَتَّةٌ)

في "البحر" ^(٦) عن "جامع الفصولين" ^(٧): ((جِدَارٌ بَيْنَهُمَا وَلِكُلٍّ مِنْهُمَا حُمُولَةٌ، فَوَهَى الْحَائِطُ، فَأَرَادَ أَحَدُهُمَا رَفْعَهُ لِيُصْلِحَهُ وَأَبَى الْآخَرُ يَنْبَغِي أَنْ يَقُولَ مُرِيدُ الْإِصْلَاحِ لِلْآخَرِ: أَرْفَعُ حُمُولَتَكَ بِأَسْطُورَانَتِي وَعَمْدِي، وَيُعْلِمُهُ أَنَّهُ يَرِيدُ رَفْعَهُ فِي وَقْتٍ كَذَا، وَأَشْهَدُ عَلَى ذَلِكَ، فَلَوْ فَعَلَهُ، وَإِلَّا فَلَهُ رَفْعُ الْجِدَارِ، فَلَوْ سَقَطَتْ حُمُولَتُهُ لَمْ يَضْمَنْ)) اهـ. قلت: والظاهر أَنَّ مثله ما إذا احتاج السُّفْلُ إِلَى الْعِمَارَةِ، فتعليقُ الْعُلُوِّ عَلَى صَاحِبِهِ، وهذه فائدةٌ حَسَنَةٌ لَمْ أَجِدْ مَنْ نَبَّهَ عَلَيْهَا.

(قوله: جِدَارٌ بَيْنَهُمَا وَلِكُلٍّ مِنْهُمَا حُمُولَةٌ، فَوَهَى الْحَائِطُ الْبَاحِ) انظر ما سَيَذْكُرُهُ "المحشي" في دَعْوَى الرَّجُلَيْنِ عِنْدَ قَوْلِ "المُصَنَّفِ": ((وَذُو بَيْتٍ مِنْ دَارٍ كَذِي بُيُوتٍ فِي حَقِّ سَاحِبَتِهَا)).

(١) "المغرب": مادة (هرد).

(٢) في السخج جميعها ((قُضْبَانٌ))، وما أثبتناه هو الصواب الموافق لما في "المغرب" و"اللسان".

(٣) "الفتاوى الخيرية": كتاب الدييات - فصل في الحيطان والطرق وما يتضرر به الجار ٢/٢٠٤.

(٤) في "الأصل": ((منها))، وهو تحريف.

(٥) في "٣": ((ضرره)).

(٦) "البحر": كتاب القضاء - مسائل شتى ٣٠/٧ - ٣١.

(٧) "جامع الفصولين": الفصل السادس والثلاثون في مسائل الحيطان - في الحائط المشترك لو انهدم أو خيف عليه ٢/٢٠٥.

(زائغة مُستطيلة) أي: سِكَّةٌ طويلةٌ (يَتَشَعَّبُ عنها) سِكَّةٌ (مثلها) لكن (غيرُ نافذةٍ)

[٢٦٦١٩] (قوله: زائغة مُستطيلة) وفي "التهذيب" ^(١): الزائغة: الطريقُ الذي حادَ عن الطريقِ الأعظمِ اهـ. من: زَاغَتِ الشَّمْسُ إذا مَالَتْ. والمُستطيلةُ: الطَّويلةُ، من: اسْتَطَالَ بمعنى طَالَ، أفادَهُ في "البحر" ^(٢).

[٢٦٦٢٠] (قوله: مثلها) أي: طويلة، احترازاً عن المستديرة كما يأتي ^(٣).
[٢٦٦٢١] (قوله: لكن غير نافذة) أفادَ أَنَّ الأولى نافذة، وقد قال في "البحر" ^(٤): ((أَطْلَقَهَا - أي: الأولى - تبعاً لأكثر الكتب، وقَدَّهَا في "الهداية" ^(٥) تبعاً للفقهاء "أبي الليث" ^(٦) و"الثمر تاشي" بغيرِ النافذة، ويمكنُ حَمْلُ كلامِهِ عليه لقوله: مثلها غيرُ نافذة)) اهـ، أي: بناءً على أَنَّ ((غيرُ نافذة)) بيانٌ لوجهِ المماثلة، وفيه نظرٌ، بل المتبادرُ أَنَّ المماثلةَ في الطُّولِ، و((غيرُ نافذة)) حالٌ لبيانِ قَيْدٍ زائدٍ فيها على الأولى، وإلا لَرِمَ أَنَّ لا تكونُ الثانيةُ مُقَيَّدةً بكونها طويلةً فيشْمَلُ المستديرة، وهو غيرُ صحيح. واستظهر "الخير الرَّملي" إطلاقَ الأولى؛ إذ لا عبرةَ بكونها نافذةً أو غيرِ نافذة؛ لامتناعِ مُرُورِ أهلِها في الثانيةِ مُطلقاً، بخلافِ المُشعَّبةِ كما يأتي ^(٧).
قلتُ: لكن في بعضِ الصُّورِ يَظْهَرُ الفَرْقُ في الأولى بينِ النافذةِ وغيرِها كما تَعْرِفُهُ.

(قوله: أفادَ أَنَّ الأولى نافذة) بل مُفَادُ التَّقْيِيدِ المذكورِ شُمُولُ الأولى للنافذةِ وغيرها.

(١) لم نقف في "تهذيب الأزهرى" على ما نقله ابن عابدين رحمه الله، والذي فيه: ((زَاغَتِ الشَّمْسُ تَزِيغٌ رُيُوعاً فَهِيَ زَائِغَةٌ إِذَا مَالَتْ وَزَالَتْ)). انظر "التهذيب": مادة (زيع) [١٦٣/٨].

(٢) "البحر": كتاب القضاء - مسائل شتى ٣١/٧.

(٣) المقولة [٢٦٦٢٨] قوله: ((وفي زائغة مُستطيلة)).

(٤) "البحر": كتاب القضاء - مسائل شتى ٣١/٧ بتصرف.

(٥) في النسخ جميعها: ((النهاية))، وما أثبتناه من عبارة "البحر"، والمسالمة في "الهداية": كتاب أدب القاضي - مسائل شتى من كتاب القضاء ١٠٩/٣.

(٦) "عيون المسائل": باب الشفعة - شراء دارين في سكة غير نافذة ٢٥٨/٢.

(٧) المقولة [٢٦٦٢٧] قوله: ((إذ لا حَقَّ لَهِم في المُرُور)).

إلى محلٍّ آخر (يُمنَعُ أهلُ الأولى عن فَتْحِ بابٍ للمُرُورِ، لا للاستِضاءَةِ والريِّحِ، "عيني"^(١))

(٢٦٦٢٢) (قوله: إلى محلٍّ آخر) مُتعلِّقٌ بـ ((نافذة))، والمرادُ به الطَّرِيقُ العامُّ أو ما يُتوصَّلُ مِنْهُ إليه احترازاً عن النافذةِ إلى سِكةٍ أخرى غيرِ نافذةٍ.

مطلبٌ في فَتْحِ بابٍ آخرٍ للدَّارِ

(٢٦٦٢٣) (قوله: عن فَتْحِ بابٍ للمُرُورِ) قال في "فتح القدير"^(٢): ((قال بعضُ المشايخ: لا يُمنَعُ مِنْ فَتْحِ البابِ، بل مِنَ المُرُورِ؛ لأنَّ له رَفْعَ كُلِّ جدارِهِ، فكذا له رَفْعُ بعضِهِ، والأصحُّ أَنَّهُ يُمنَعُ مِنَ الفَتْحِ؛ لأنَّهُ منصُوصٌ عليه في الروايةِ بنصِّ "حمَّدٍ" في "الجامع"^(٣)، ولأنَّ المنعَ بعدَ الفتحِ لا يُمكنُ؛ إذ [لا]^(٤) يُمكنُ مراقبتهُ ليلاً ونهاراً في الخروجِ فيخرجُ، ولأنَّهُ عَسَاهُ يَدَّعي بعدَ تركيبِ البابِ وطولِ الزَّمانِ حقَّاً في المُرُورِ، ويستبدِّلُ عليه بتركيبِ البابِ)) اهـ.

(٢٦٦٢٤) (قوله: لا للاستِضاءَةِ والريِّحِ) قال "العيني"^(٥): ((بعدَ حكايةِ القولينِ المذكورينِ: ((ولكنَّ هذا فيما إذا أرادَ بفتحِ البابِ المُرُورَ، فإنَّه يُمنَعُ استحساناً، وإذا أرادَ به الاستِضاءَةَ والريِّحَ دونَ المُرُورِ لم يُمنَعْ مِنْ ذلك، كذا نقلَهُ "فخر الإسلام" عن الفقيه "أبي جعفر")) اهـ. قلتُ: وهذا إذا كان البابُ عالياً لا يصلُحُ للمُرُورِ كما يدلُّ عليه التعليلُ المارُّ^(٦)، وإلاَّ كان قولُ بعضِ المشايخِ بعيتهُ، وهو خلافُ الأصحِّ، فعَلِمَ أنَّ المرادَ غيرُهُ، [١٣٦٣/٣] وهو مسألةُ الطَّائِفَةِ الآتيةِ^(٧)، فافهم.

(قوله: إذ تُمكنُ مراقبتهُ) حقُّه: لا تُمكنُ إلخ.

(١) "رمز الحقائق": كتاب القضاء - مسائل شتى ٩٤/٢ بتصرف.

(٢) "الفتح": كتاب أدب القاضي - مسائل من كتاب القضاء ٤١٣/٦ بتصرف.

(٣) "الجامع الصغير": كتاب القضاء - باب الدعوى ص ٣٨.

(٤) ((لا)) ساقطة من النسخ جميعها، وما أثبتناه من خطِّ ابن عابدين رحمه الله في مسودَّته هو الصواب الموافق لعبارة الفتح، وقد أشار إلى الصواب الراعيُّ ومصحَّحُ "م" رحمهما الله تعالى.

(٥) "رمز الحقائق": كتاب القضاء - مسائل شتى ٩٤/٢.

(٦) في المقولة السابقة.

(٧) ص ٦٠٥ - "در".

(في القُصوى) الغير النافذة على الصحيح؛ إذ لا حَقَّ لهم في المرور، بخلاف النافذة^(١).

[٢٦٦٢٥] (قوله: في القُصوى) أي: البُعْدَى، وهي المُتَشَعُّبَةُ مِنَ الْأَوَّلَى الغير النافذة، أما النافذة فلا مَنَعَ مِنَ الْفَتْحِ فيها؛ لِأَنَّ لِكُلِّ أَحَدٍ حَقَّ الْمُرُورِ فيها.
[٢٦٦٢٦] (قوله: على الصحيح) مُقَابِلُهُ مَا قَدَّمَاهُ^(٢) آتِفاً مِنَ الْقَوْلِ^(٣) بَأَنَّهُ لَا يُمْنَعُ مِنَ الْفَتْحِ، بَلْ مِنَ الْمُرُورِ.

[٢٦٦٢٧] (قوله: إذ لا حَقَّ لهم في المرور) أي: لا حَقَّ لِأَهْلِ الزَّائِغَةِ الْأَوَّلَى فِي الْمُرُورِ فِي الزَّائِغَةِ الْقُصْوَى، بَلْ هُوَ لِأَهْلِهَا عَلَى الْخُصُوصِ، وَلِذَا لَوْ بَيَّعَتْ دَارٌ فِي الْقُصْوَى لَمْ يَكُنْ لِأَهْلِ الْأَوَّلَى شَفْعَةٌ فِيهَا، كَذَا فِي "الْفَتْحِ"^(٤)، أَيْ: لَا شَفْعَةٌ لَهُمْ بِحَقِّ الشَّرْكَةِ فِي الطَّرِيقِ؛ إِذْ لَوْ كَانَ جَاراً مُلَاحِظاً كَانَ لَهُ الشَّفْعَةُ، "شَرْبِلَالِيَّةً"^(٥). ثُمَّ قَالَ فِي "الْفَتْحِ"^(٦): ((بِخِلَافِ أَهْلِ الْقُصْوَى، فَإِنَّ لِأَحَدِهِمْ أَنْ يَفْتَحَ بَاباً فِي الْأَوَّلَى؛ لِأَنَّ لَهُ حَقَّ الْمُرُورِ فِيهَا)) اهـ.
قَالَ الْعَلَمَةُ "الْمَقْدِسِيُّ": ((هَذَا إِذَا فَتَحَ فِي جَانِبٍ يَدْخُلُ مِنْهُ إِلَيْهَا، أَمَا فِي الْجَانِبِ الْآخَرِ غَيْرِ النَّافِذِ فَلَا)) اهـ.

وَفِيهِ فَائِدَةٌ حَسَنَةٌ يُفِيدُهَا التَّعْلِيلُ أَيْضاً، وَهِيَ أَنَّ الزَّائِغَةَ الْأَوَّلَى إِذَا كَانَتْ غَيْرَ نَافِذَةٍ، وَأَرَادَ وَاحِدٌ مِنْ أَهْلِ الْقُصْوَى فَتَحَ بَابَ فِي الْأَوَّلَى لَهُ ذَلِكَ إِنْ كَانَتْ دَارُهُ مُتَّصِلَةً بِرُكْنِ الْأَوَّلَى، وَكَانَتْ مِنْ جَانِبِ الدُّخُولِ إِلَى الْقُصْوَى، أَمَا لَوْ كَانَتْ مِنَ الْجَانِبِ الثَّانِي فَلَا؛ إِذْ لَا حَقَّ لَهُ فِي

(قوله: لم يكن لأهل الأولى شَفْعَةٌ فيها) ولو غير نافذة كما يأتي في الشفعة.

(١) في هامش "د": ((فإنَّ المرور فيها حقُّ العامة، ولا خلاف أنَّ له أن يفتح، "فتح")).

(٢) المقولة [٢٦٦٢٣] قوله: ((عن فتح بابٍ للمرور)).

(٣) في "ب": ((القول))، وهو خطأ.

(٤) "الفتح": كتاب أدب القاضي - مسائل متورة من كتاب القضاء ٤١٣/٦.

(٥) "الشربلالية": كتاب القضاء - مسائل شتى ٤١٦/٢ بتصرف (هامش "الدرر والغرر").

(٦) "الفتح": كتاب أدب القاضي - مسائل متورة من كتاب القضاء ٤١٣/٦.

(وفي) زائغة (مُستديرة لَزِقَ) أي: اتَّصَلَ (طَرَفَاهَا) أي: نهاية سَعَةِ اعْوِجَاجِهَا
بِالمُستطيلة^(١).....

المُرُورِ فِي الْجَانِبِ الثَّانِي، بخلاف ما إذا كانت الأولى نافذة، فإنَّ له المُرُورَ مِنَ الْجَانِبَيْنِ، فيكونُ
له فَتْحُ الْبَابِ مِنَ الْجَانِبِ الثَّانِي أَيْضًا.

وبه يَظْهَرُ الْفَرْقُ بَيْنَ كَوْنِ الْأُولَى نافذةً أَوْ لَا، خلافاً لِمَا مرَّ^(٢) عَنْ "الرَّمْلِيِّ".
وَالظَّاهِرُ: أَنَّ كَلَامَ "الْفَتْحِ" مَبْنِيٌّ عَلَى كَوْنِ الْأُولَى نافذةً، وَإِنْ حُمِلَ عَلَى أَنَّهَا غَيْرُ
نافذةٍ يَدْعَى تَخْصِيصُهُ بِغَيْرِ الصُّورَةِ الْمَذْكُورَةِ.

(تنبيه)

يُعْلَمُ مِمَّا هُنَا أَنَّهُ لَوْ أَرَادَ فَتْحَ بَابِ أَسْفَلَ مِنْ بَابِهِ وَالسَّكَّةَ غَيْرُ نافذةٍ يَمْنَعُ مِنْهُ، وَقِيلَ:
لَا، وَفِي كُلِّ مِنَ الْقَوْلَيْنِ اخْتِلَافُ التَّصْحِيحِ وَالْفَتْوَى. قَالَ فِي "الْخَيْرِيَّة"^(٣): ((وَالْمَنْعُ عَلَى
الْمَنْعِ، فَلْيَكُنِ الْمَعُولُ عَلَيْهِ)).

[٢٦٦٢٨] (قوله): وفي زائغة مُستديرة) مُحْتَرَزُ قَوْلِهِ: ((يَتَسَعَّبُ عَنْهَا مِثْلُهَا))، فَإِنَّ الْمَرَادَ
بِهَا الطَّوِيلَةَ، وَيُقَابِلُهَا الْمُسْتَدِيرَةُ. وَفِي "حَاشِيَةِ الْوَانِيِّ" عَلَى "الدَّررِ": ((هَذَا إِذَا كَانَتْ - أَيْ:
الْمُسْتَدِيرَةُ - مِثْلَ نَصْفِ دَائِرَةٍ أَوْ أَقْلَ، حَتَّى لَوْ كَانَتْ أَكْثَرَ^(٤) مِنْ ذَلِكَ لَا يُفْتَحُ فِيهَا الْبَابُ.

(قوله): وبه يَظْهَرُ الْفَرْقُ بَيْنَ كَوْنِ الْأُولَى نافذةً أَوْ لَا، خلافاً لِمَا مرَّ عَنْ "الرَّمْلِيِّ") كَلَامُهُ تَعْمِيمٌ فِي
مَسْأَلَةِ "الْمَصْنَفِ"، وَهَذِهِ مَسْأَلَةٌ أُخْرَى لَمْ يَنْبِئِ "الْمَصْنَفُ" عَلَيْهَا، فَصَحَّ تَعْمِيمُ "الرَّمْلِيِّ".

(قوله): وفي "حاشية الواني" على "الدَّررِ": هذا إذا كانت - أي: المُستديرة - إلخ) ما قَالَهُ "الْوَانِيُّ" رَاجِعٌ
لِإِمَّا قَالَهُ "الشَّارِحُ" مِنَ التَّفْسِيرِ بِقَوْلِهِ: ((أَيْ: نِهَآةِ الْإِلْحِ))، فَإِنَّ الْقَصْدَ بِهِ تَقْيِيدُ عُمُومِ عِبَارَةِ "الْمَصْنَفِ"، تَأْمُلُ.

(١) فِي "ب": ((بِالْمُسْتَطِيلِ)).

(٢) الْمَقُولَةُ [٢٦٦٢١] قَوْلُهُ: ((لَكِنْ غَيْرُ نافذة)).

(٣) "الْفَتَاوَى الْخَيْرِيَّةُ": كِتَابُ الدِّيَاتِ - فَصْلُ فِي الْحِطَّانِ وَالطَّرِيقِ وَمَا يَنْتِزِعُ بِهِ الْجَارُ ٢/٢٠٣، تَقْلُاعٌ عَنْ "جَامِعِ الْفُصُولِ".

(٤) عِبَارَةٌ "مِثْلًا مَسْكِينًا": ((أَكْبَرُ))، وَعِبَارَةٌ صَدَرَ الشَّرِيعَةِ: ((أَكْثَرُ)).

(لا) يُمنع؛ لأنها كساحةٌ مُشتركةٌ في دارٍ، بخلاف ما لو كانت مُربعةً فإنها كسيكةٍ في سِكةٍ،

والفرق: أنَّ الأولى تصيرُ ساحةً مُشتركةً، بخلافِ الثانيةِ، فإنه إذا كان داخلها أوسعَ من مدخلها يصيرُ موضعاً آخرَ غيرَ تابعٍ للأوّل، كذا قيل)) اهـ، وقائله "صدرُ الشريعة"^(١) و"مئلا مسكين"^(٢)، وردّه "ابن كمال".

[٢٦٦٢٩] (قوله: لأنها كساحةٍ إلخ)^(٣) قال في "الفتح"^(٤): ((لأنَّ لكلِّ حقِّ المُرورِ، إذ هي ساحةٌ مُشتركةٌ، غايةُ الأمرِ أنَّ فيها اعوجاجاً، ولهذا يشتركون في الشفعة إذا بيعت دارٌ منها)) اهـ.

(قوله: وردّه "ابن كمال") عبارة "ابن كمال": ((وفي مُستبيرة لرقٍ طرفاها) أي: اتّصل طرفاها بالمستطيلة)، والمراد بطرفيها نهاية سعتها، ولا يزمُ أن تكون مثل نصف دائرة أو أقل، دَلَّ على ذلك تصويرُ شمس الأئمة "الخلواني"، حيث قال في كتاب الشفعة من "محيط"^(٥): سِكةٌ غيرُ نافذةٍ يَبَعَثُ فيها دارٌ فأهلها شفعاء؛ لأنهم شركاء في حقِّ المبيع، وإن كان فيها عطفٌ فإن كان مُربعاً فأصحاب العطفِ أولى بما يَبَعُ في عطفهم؛ لأنَّه بسببِ التّربيع يصيرُ العطفُ المربعُ كالمنفصلِ عن السِّكةِ، لأنَّ هَيئاتِ الدُّورِ في العطفِ المربعِ تُخالفُ هَيئاتِ الدُّورِ في السِّكةِ، فصار العطفُ المربعُ بمنزلةِ سِكةٍ أُخرى، فصار كسِكةٍ في سِكةٍ، ولهذا يَمَكِّنُهُمْ نَصَبُ الدَّرَبِ في أغلاهم وإن كان العطفُ مدوّراً فالكلُّ سواء؛ لأنَّ العطفَ المدوّراً اعوجاجٌ في بعضِ السِّكةِ، وبذلك لا يصيرُ بمنزلةِ سِكينٍ؛ لأنَّ هَيْئَةَ الدُّورِ فيها لا تَتغيَّرُ بسببِ الاعوجاج، فكانت سِكةً واحدةً)) اهـ.

(١) "شرح الوقاية": كتاب القضاء - باب التحكيم - مسائل شتى منه ٧٠/٢ (هامش "كشف الحقائق")، وليس فيها الفرق المذكور.

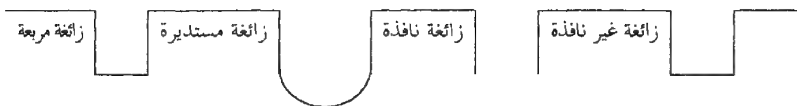
(٢) "شرح مئلا مسكين على الكنز": كتاب القضاء - باب التحكيم ص ٢٠، وليس فيها الفرق المذكور أيضاً.

(٣) هذه المقولة مُوحدةٌ في "الأصل" و"٣" عن تاليتها.

(٤) "الفتح": كتاب أدب القاضي - مسائل من كتاب القضاء ٤١٣/٦ بتصرف.

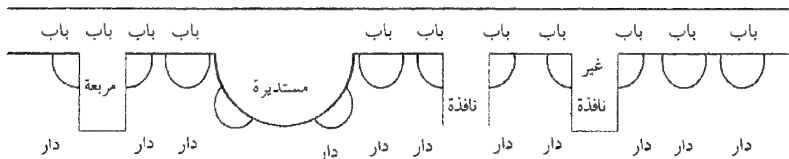
(٥) لم يذكر مترجمو شمس الأئمة الخلواني أن من مؤلفاته "المحيط"، وذكروا أن له كتاب "المبسوط"، ولعلّه مقصودُ ابن الكمال، والله أعلم. وانظر "تاج التراجم" ص ١٢٨، و"هدية العارفين" ٥٧٧/١، و"الأعلام" ١٣/٤.

ولذا يُمكنُهُمْ نَصْبُ البَوَابِ. انتهى^(١) "ابن كمال" بهذه الصورة:



[٢٦٦٣٠] (قوله: ولذا يُمكنُهُمْ نَصْبُ البَوَابِ) لم أرَ فيما عندي مِنْ كُتُبِ اللُّغَةِ^(٢) لفظَ البَوَابِ، وهي في عَرَفِ النَّاسِ اليومَ اسْمٌ للبَابِ الكبيرِ الذي يُنْصَبُ في رَأْسِ السَّكَّةِ أو المَحَلَّةِ مثلاً. وعبارةُ "ابن كمال" عن "الحلواني": ((ولذا يُمكنُهُمْ نَصْبُ الدَّرَبِ))، وفي "القاموس": ((الدَّرَبُ: بَابُ السَّكَّةِ الواسِعِ، والبَابُ الأكبرُ، جَمْعُهُ دَرَابٌ)).

[٢٦٦٣١] (قوله: بهذه الصورة) اختلفتِ النُّسخُ في كَيْفِيَّةِ رَفْعِهَا، ولُصِّصَتْ بِصُورَةٍ جَامِعَةٍ لِلْمُسْتَطِيلَةِ المُتَشَعِّبِ عَنْهَا مُسْتَطِيلَةً مِثْلَهَا نافذةً وغيرَ نافذةٍ ومُسْتَدِيرَةٍ ومُرَبَّعَةٍ هكذا:



فَالدَّارُ الثَّالِثَةُ الَّتِي فِي رُكْنِ المُتَشَعِّبِ غَيْرِ^(٣) النَّافِذَةِ لو كانَ بَابُهَا فِي الطَّوِيلَةِ يُمْنَعُ صَاحِبُهَا عَنِ فَتْحِ [٢/٢٣٧٣/٣] البابِ فِي المُتَشَعِّبِ الغَيْرِ النَّافِذَةِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ حَقُّ المُرُورِ فِيهَا، وَلَوْ كَانَ بَابُهَا فِي المُتَشَعِّبِ لَا يُمْنَعُ مِنْ فَتْحِ بَابِ فِي الْأَوَّلَى الطَّوِيلَةِ، وَأَمَّا الدَّارُ الرَّابِعَةُ الَّتِي فِي الرُّكْنِ الثَّانِي لو كانَ بَابُهَا فِي الطَّوِيلَةِ يُمْنَعُ مِنْ فَتْحِ فِي المُتَشَعِّبِ المذكورة، وَكَذَا لو كانَ فِي المُتَشَعِّبِ يُمْنَعُ مِنْ فَتْحِ فِي الطَّوِيلَةِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ حَقُّ المُرُورِ فِي ذَلِكَ الجَانِبِ، لَكِنْ هَذَا إِذَا كَانَتْ الطَّوِيلَةُ غَيْرَ نافذةٍ، بِخِلَافِ النَّافِذَةِ؛ لِأَنَّ لَهُ حَقَّ المُرُورِ حِينَئِذٍ مِنَ الْجَانِبَيْنِ كَمَا قُلْنَا فِيمَا مَرَّ^(٤)،

(١) ((انتهى)) ليست في "د" و"ب" و"ط".

(٢) ((كتب اللغة)) ليست في "الأصل".

(٣) في "الأصل" و"ب" و"م": ((الغیر)).

(٤) المَقُولَةُ [٢٦٦٢٧] قَوْلُهُ: ((إِذْ لَا حَقَّ لَهُمْ فِي المُرُورِ)).

(ولا يُمنع الشخص من تصرفه في ملكه إلا إذا كان الضرر بجاره ضرراً.....)

وأما الدار الخامسة التي في الركن الأول من التشعبة الثانية النافذة فلصاحبها فتح الباب فيها وفي الطويلة، بخلاف الدار السادسة التي في الركن الثاني من التشعبة المذكورة، فإنه لو كان بأبها فيها يُمنع من الفتح في الطويلة لو^(١) غير نافذة، لا لو نافذة؛ لما علمت.

مطلب: اقتسموا داراً وأراد كل منهم فتح باب لهم ذلك

(تثمة)

في "منية المفتي" من كتاب القسمة: ((دار في سكة غير نافذة بين جماعة اقتسموها، وأراد كل منهم فتح باب وحده ليس لأهل السكة منهم)).

٣٦٠/٤

قلت: ينبغي تقييده بما إذا أرادوا فتح الأبواب فيما قبل الباب القديم، لا فيما بعده كما قدمناه آنفاً^(٢) عن "الخيرية" من التعويل على ما في المتون، نعم على القول الثاني المصحح أيضاً لا تفصيل، ثم قال في "المنية": ((دار لرجل بأبها في سكة غير نافذة، فاشترى بجنبها داراً بأبها في سكة أخرى له فتح باب لها في داره الأولى، لا في السكة الأولى، وبه أفتى "أبو جعفر" و"أبو الليث"^(٣)، وقال "أبو نصير"^(٤): له ذلك؛ لأن أهل السكة شركاء فيها بدليل ثبوت حق الشفعة للكل)) اهـ ملخصاً.

قلت: الظاهر أنه مبني على الخلاف السابق، والله تعالى أعلم.

(٢٦٦٣٢) (قوله: ولا يُمنع الشخص إلخ) هذه القاعدة تحالف المسألة التي قبلها، فإن المنع فيها من تصرف ذي السفلي مطلق عن التقييد بكونه مضرراً ضرراً بيناً أو لا، وهنا المنع

(قوله: وقال "أبو نصير": له ذلك) أي: الفتح في السكة الأولى على الخلاف السابق إذا فتح في

أسفل السكة.

(١) في "": ((ولو)).

(٢) المقولة [٢٦٦٢٧] قوله: ((إذا لا حق لهم في المرور)).

(٣) "عيون المسائل": باب الشفعة - شراء دارين في سكة غير نافذة ٢/٢٥٨.

(٤) كذا في النسخ جميعها بالياء، ولعله أبو نصر محمد بن سلام البخعي (ت ٣٠٥ هـ) يذكر تارة بكتبه وتارة باسمه

وتارة بهما معاً. انظر "الجواهر المضية" ٤/٩٢، و"الفوائد البهية" ص ١٦٨.

((بَيَّنَّا) فُيْمَنَعَ مِنْ ذَلِكَ، وَعَلِيهِ الْفَتْوَى، "بِرَازِيَّة"^(١)، وَاخْتَارَهُ فِي "الْعِمَادِيَّة"، وَأَفْتَى بِهِ "قَارِئُ الْهَدَايَةِ"^(٢)،.....

مُقَيَّدَ بِالضَّرَرِ الْبَيِّنِ، وَلَا شَيْعًا عَلَى "ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ" الْآتِي^(٣): ((مِنْ^(٤) أَنَّهُ لَا يُمْنَعُ مُطْلَقًا))، نَعَمْ عَلَى مَا قَدَّمْنَا^(٥): مِنْ أَنَّ الْمُخْتَارَ الْمَنَعُ فِي الضَّرَرِ الْبَيِّنِ وَالْمُشْكِلِ تَنْدَفِعُ الْمَخَالَفَةُ عَلَى مَا مَشَى عَلَيْهِ "الْمُصَنَّفُ" هُنَا، وَقَدْ يُجَابُ بِأَنَّ الْمَسْأَلَةَ الْمُتَقَدِّمَةَ لَيْسَتْ مِنْ فُرُوعِ هَذِهِ الْقَاعِدَةِ، فَإِنَّ مَا هُنَا فِي تَصَرُّفِ الشَّخْصِ فِي خَالِصِ مِلْكِهِ الَّذِي لَا حَقَّ لِلْجَارِ فِيهِ، وَمَا مَرَّ فِي تَصَرُّفِهِ فِيهِمَا فِيهِ حَقٌّ لِلْجَارِ، فَإِنَّ السُّقْلَ وَإِنْ كَانَ مِلْكًا لِصَاحِبِهِ إِلَّا أَنَّ لَذِي الْعُلُوِّ حَقًّا فِيهِ، فَلِذَا أُطْلِقَ الْمَنَعُ فِيهِ، وَلِذَا لَوْ هَدَمَ ذُو السُّقْلِ سُقْلَهُ يُؤْمَرُ بِإِعَادَتِهِ، بِخِلَافِ مَا هُنَا، هَذَا مَا ظَهَرَ لِي، فَاعْتَمِنَهُ.

[٢٦٦٣٣] (قَوْلُهُ: بَيَّنَّا) أَي: ظَاهِرًا، وَيَأْتِي^(٦) بَيَّانُهُ قَرِيبًا.

[٢٦٦٣٤] (قَوْلُهُ: وَاخْتَارَهُ فِي "الْعِمَادِيَّة") حَيْثُ قَالَ - كَمَا فِي "جَامِعِ الْفُصُولِينَ"^(٧) - : ((وَالْحَاصِلُ: ((أَنَّ الْقِيَاسَ فِي جَنْسِ هَذِهِ الْمَسَائِلِ: أَنَّ مَنْ تَصَرَّفَ فِي خَالِصِ مِلْكِهِ لَا يُمْنَعُ مِنْهُ وَلَوْ أَضَرَ بغيرِهِ، لَكِنْ تَرَكَ الْقِيَاسُ فِي مَحَلٍّ يَضُرُّ بغيرِهِ ضَرَرًا بَيِّنًا، وَقِيلَ بِالْمَنَعِ، وَبِهِ أَخَذَ كَثِيرٌ مِنْ مَشَائِخِنَا، وَعَلِيهِ الْفَتْوَى)) اهـ.

(قَوْلُهُ: نَعَمْ عَلَى مَا قَدَّمْنَا مِنْ أَنَّ الْمُخْتَارَ الْمَنَعُ فِي الضَّرَرِ الْبَيِّنِ وَالْمُشْكِلِ تَنْدَفِعُ الْمَخَالَفَةُ (إِلَخ) انْدِفَاعُ الْمَخَالَفَةِ بِذَلِكَ إِنَّمَا هُوَ عَلَى مَا جَرَى عَلَيْهِ "الشَّارَحُ" هُنَا: ((مِنْ أَنَّ الْمُشْكِلَ فِي حُكْمٍ مَا إِذَا أَضَرَ يَقِينًا))، وَسَيَأْتِي لَهُ مَنَعُ الْقِيَاسِ.

(١) "البرازية": كتاب المحيطان - الفصل الأول في إشرع الجناية ٤١٤/٦ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٢) "فتاوى قارئ الهداية": مسألة بما يتصرف في الملك بما يضر الغير ص ٤٧ - يتصرف.

(٣) ص ٦٠٦ - "در".

(٤) في "الأصل": ((مع))، وهو تحريف.

(٥) المقولة [٢٦٦١٥] قوله: ((وكلنا بالعكس إلخ)) وما بعدها.

(٦) في المقولة الآتية.

(٧) "جامع الفصولين": الفصل الخامس والفلاتون فيما يُمنع عنه وما لا يُمنع وفيما يحلُّ فعله وفيما لا يحلُّ ١٩٤/٢.

قلت: قوله: ((وقيل بالمنع)) عطف تفسير على قوله: ((ترك القياس))، فليس قولاً ثالثاً، نعم وقع في "الخيرية"^(١): ((وقيل بالمنع مطلقاً إلخ))، ومقتضاه: أنه قول ثالث بالمنع سواء كان اضراً بيناً أو لا، لكن عزا في "الخيرية"^(٢) ذلك إلى "التأرخائية" و"العمادية"، وليس ذلك في "العمادية" كما رأيت، فالظاهر: أن لفظ ((مطلقاً)) سبق قلم، ويدل عليه قوله في "الفتح"^(٣): ((والحاصل: أن القياس في جنس هذه المسائل أن يفعل المالك ما بدا له مطلقاً؛ لأنه مُتَصَرَّفٌ في خالص ملكه، لكن ترك القياس في موضع يتعدى ضرره إلى غيره ضرراً فاحشاً، وهو المراد بالبين، وهو ما يكون سبباً لنهדם أو يُخرج عن الانتفاع بالكلية، وهو ما يمنع الحوائج [٢٢٧٣/ب] الأصلية كسد الضوء بالكلية، واختاروا الفتوى عليه، فأما التوسع إلى منع كل ضرر ما فسد باب انتفاع الإنسان بملكه كما ذكرنا قريباً)) اهـ ملخصاً.

فانظر كيف جعل المفتي به القياس الذي يكون فيه الضرر بيناً لا مطلقاً، وإلا لزم أنه لو كانت له شجرة مملوكة يستظل بها جاره وأراد قطعها أن يمنع لتضرر الجار به كما قرره في "الفتح"^(٤) قبله.

قلت: وأفتى المولى "أبو السعود": ((أن سد الضوء بالكلية ما يكون مانعاً من الكتابة، فعلى هذا لو كان للمكان كوتان مثلاً، فسد الجار ضوء إحداهما بالكلية لا يمنع إذا^(٥) كان يمكن الكتابة بضوء الأخرى)).

(قوله: فانظر كيف جعل المفتي به القياس إلخ) لعل الأنسب أن يقول: ترك القياس في الذي يكون فيه إلخ.

(١) "الفتاوى الخيرية": كتاب الديات - فصل في الحيطان والطرق وما يتضرر به الجار ٢٠٢/٢ بتصرف.

(٢) "الفتح": كتاب أدب القاضي - مسائل من كتاب القضاء ٤١٥/٦.

(٣) "الفتح": كتاب أدب القاضي - مسائل من كتاب القضاء ٤١٤/٦ بتصرف.

(٤) في "م": ((اذ)).

حَتَّى يُمْنَعُ الْجَارُ مِنْ فَتْحِ الطَّاقَةِ^(١)، وهذا جوابُ المشايخ استحساناً،

[مطلب: ليس للجار أن يُحدثَ في داره ما يضرُّ بجاره ضرراً فاحشاً]

والظاهر: أن ضوء الباب لا يُعتبر؛ لأنه يحتاجُ لعلقه لبردٍ ونحوه كما حرَّرتُه في "تنقيح الحامدية"^(٢). وفي "البحر"^(٣): ((وذكرَ "الرازي"^(٤) في كتاب الاستحسان: لو أراد أن يَبْنِي في داره تنوراً للخبز الدائم كما يكون في الدكاكين أو رَحَى للطحن^(٥)، أو مِدَقَاتٍ لِلْقَصَّارِينَ لم يَحْزُ؛ لأنه يضرُّ بجيرانه ضرراً فاحشاً لا يمكنُ التحرزُ عنه، فإنه يأتي منه الدخانُ الكثيرُ، والرَّحَى والدَّقُّ يؤهِنُ البناءَ، بخلافِ الحمام؛ لأنه لا يضرُّ إلاَّ بالنداءِ، ويمكنُ التحرزُ عنه بأن يَبْنِي حائطاً بينَهُ وبين جاره، وبخلافِ الثَّنَوْرِ المعتادِ في البيوت)) اهـ، وصحَّح "النسفي" في الحمام: ((أنَّ الضَّرَرَ لو فاحشاً يُمْنَعُ، وإلاَّ فلا))، وتماّمهُ فيه.

[٢٦٦٣هـ] (قوله: حَتَّى يُمْنَعُ الْجَارُ مِنْ فَتْحِ الطَّاقَةِ) أي: التي يكونُ فيها ضَرَرٌ بَيْنَ بَقَرِيْنَةٍ مَا قَبْلَهُ، وهو ما أَقْبَى به "قارئُ الهداية"^(٦) لَمَّا سُئِلَ: هل يُمْنَعُ الْجَارُ أَنْ يَفْتَحَ كُوَّةً يُشْرِفُ مِنْهَا عَلَى جَارِهِ وَعِيَالِهِ؟ فَأَجَابَ: ((بأنَّهُ يُمْنَعُ مِنْ ذَلِكَ)) اهـ.

وفي "المنح"^(٧) عن "المضمرات"^(٨) شرح "القدوري": ((إذا كانت الكُوَّةُ لِلنَّظَرِ وكانت السَّاحَةُ مَحَلًّا لِلْجُلُوسِ لِلنِّسَاءِ يُمْنَعُ، وعليه الْفَتْوَى)) اهـ.

قال "الخيرُ الرَّمْلِي": ((وأقول: لا فَرْقَ بَيْنَ الْقَدِيمِ والحديثِ حيث كانت الْعِلَّةُ الضَّرَرَ الْبَيِّنَ؛ لَوْجُودِهَا فِيهِمَا)).

(١) في "و": ((الطاق)).

(٢) "العقودُ الدُّرِّيَّةُ في تنقيح الفتاوى الحامدية": كتاب الحيطان وما يُحدثُ الرجلُ في الطريق وما يضرُّ به الجيرانُ ونحو ذلك ٢٦٥/٢.

(٣) "البحر": كتاب القضاء - مسائل شتى ٣٢/٧ - ٣٣ بتصرف.

(٤) هو حسام الدين الرازي (ت ٥٩٨هـ) صاحب "الكلمة" و"شرحها" في جمع ما شذَّ من "مختصر القدوري" وانظر تعليقاتنا المتقدمة ٢٢٠/٣.

(٥) في "ت": ((الطحن)).

(٦) "فتاوى قارئ الهداية": مسألة في التصرف في الملك بما يضرُّ الغير ص ٤٧.

(٧) "المنح": كتاب القضاء - مسائل شتى ٦٢/٢ ب.

(٨) "جامع المضمرات والمشكلات" شرح "مختصر القدوري"، وتقدمت ترجمته ٣٧٣/١.

وجوابُ "ظاهر الرواية" عدمُ المنع مُطلقاً، وبه أفتى طائفةٌ كالإمام "ظهريّ الدين" ^(١) و"ابن الشَّحْنَة" ^(٢) و"والدِّه" ^(٣)، ورجَّحَهُ في "الفتح" ^(٤)، وفي قِسْمَةِ "المحتبى": ((وبه يُفْتَى))، واعتمدهُ "المصنّف" ثَمَّةً فقال ^(٥): ((وقد اختلفَ الإفْتاءُ، وينبغي أن يُعوَّلَ على "ظاهر الرواية")) اهـ. قلتُ: وحيث تعارضَ "متنُهُ" و"شرحُهُ" فالعملُ على المتونِ كما تقررَ مراراً، فتدبرُ.

[٢٦٦٣٦] [قوله: وَرَجَّحَهُ في "الفتح"] حيث قال ^(٦): ((والوجهُ لـ "ظاهر الرواية")).

[٢٦٦٣٧] [قوله: ثَمَّةً] أي: في كتاب القسمَةِ في "المنح".

[٢٦٦٣٨] [قوله: فالعملُ على المتون] ^(٧) قد يقال: إنَّ هذا لا يُقالُ في كلِّ متنٍ مع شرح، بل هذا في نحوِ المتونِ القديمةِ ^(٨)، "ط" ^(٩)، أي: وهذه المسألة ليست من مسائلها ^(١٠). ويظهرُ من كلامِ "الشارح" الميْلُ إلى ما مشى عليه "المصنّف" في "متنِهِ"؛ لأنَّهُ أرفقُ ^(١١) بدفعِ الضَّرَرِ البَيِّنِ عن الجارِ المأمورِ بإكرامِهِ، ولذا كان هو الاستحسانُ الذي مَشَى عليه مشايخُ المذهبِ المتأخرونَ ^(١٢)، وصَرَّحُوا: بأنَّ الفُتوى عليه.

(١) أي: المرغيناني كما في "الفتح".

(٢) "تفصيل عقد الفرائد": فصل من كتاب القسمة والحيطان ١٢٣/٢ - ١٢٤.

(٣) هو أبو الفضل محمد بن محمد، محب الدين المعروف بابن الشَّحْنَة الصغير الحلبي (ت ٨٩٠هـ). "الضوء اللامع" ٢٩٥/٩، "البدر الطالع" ٢٦٣/٢.

(٤) "الفتح": كتاب أدب القاضي - مسائل منثورة من كتاب القضاء ٤١٤/٦.

(٥) "المنح": كتاب القسمَة ١/٥٤/٣.

(٦) "الفتح": كتاب أدب القاضي - مسائل منثورة من كتاب القضاء ٤١٤/٦.

(٧) في "د" زيادة قوله: ((ولا يخفى أنَّ "متن التنوير" ليس من المتون التي ترجع على الشروح، فلا يُرجع ما فيه على ما هو ظاهر الرواية إلا أن يكون مذكوراً في المتون المتبعة كالقُدوري و"الكثر" وأمثالهما)).

(٨) في "الأصل" و"أ" و"م": ((المتقدمة)) ومثله في "ط".

(٩) "ط": كتاب القضاء - مسائل شتى ٢١٦/٣.

(١٠) في النسخ جميعها: ((من مسائل))، ولعلَّ ما أثبتناه هو الصواب، والمراد: من مسائل المتون القديمة، وثبَّه عليه مصحَّحاً "ب" و"م".

(١١) في "م": ((أوفق)).

(١٢) في النسخ جميعها: ((المتأخرين)) بالجرِّ، والصوابُ ما أثبتناه، وقد ثبَّه عليه مصحَّحاً "ب" و"م".

قلت: وبقي ما لو أشكل هل يضرُّ أم لا؟ وقد حرَّرَ "محشِّي الأشياء" ^(١) المنع قياساً على مسألة السُّفْلِ والعلوُّ أنه لا يتدَّ إذا أضرَّ، وكذا إن ^(٢) أشكلَ على المختار للفتوى كما في "الخانية" ^(٣). قال "المحشِّي" ^(٤): ((فكذا تصرفُهُ في ملكِهِ إنْ أضرَّ أو أشكلَ يُمنع، وإنْ لم يضرَّ لم يُمنع))، قال ^(٥): ((ولم أرَ مَنْ نَبَّهَ عليه، فليُغتَنَمَ فإنه مِن خواصِّ كتابي)) انتهى.

والحاصل: أنهما قولان مُعْتَمَدان يترجَّحُ أحدهما بما ذكرنا والآخَرُ بكونِهِ أصلَ المذهب. (٢٦٦٣٩) (قوله: قياساً على مسألة السُّفْلِ إلخ) أقول: هذا غيرُ مُسلم؛ لأنَّه مُخَالِفٌ لكلامهم مع أنه قياسٌ مع الفارق، وذلك أنَّك عَلِمْتَ أنَّ ^(٥) أصلَ المذهب في مسألتنا عدمُ المنع مُطلقاً؛ لكونِهِ تصرُّفاً في خالصِ ملكِهِ، وخالفَ المشايخُ أصلَ المذهب فيما إذا كان الضَّرَرُ بيناً، ولا يخفى أنَّ التَّقْيِيدَ بِالْبَيِّنِ مُخَرِّجٌ لِلْمُشْكِلِ، فالقولُ بِمَنْعِ المُشْكِلِ مُخَالِفٌ لِلْقَوْلِينَ، وقياسُهُ على المُشْكِلِ في مسألة السُّفْلِ غيرُ صحيح؛ لأنَّ المتونَ الموضوعَةَ لثَقُلِ المذهبِ ماشيةٌ على مَنْعِ التَّصَرُّفِ فيها عكسَ مسألتنا. وذكرَ بعضُ المشايخ: أنَّ المختارَ تَقْيِيدُ المنعِ بالمُضِرِّ أو المُشْكِلِ، وما ذاك إلا لكونِهِ تصرُّفاً فيما للحارِّ فيه حقٌّ وهو صاحبُ العلوِّ، فالأصلُ فيه عدمُ جوازِ التَّصَرُّفِ إلَّا بإذْنِهِ، بخلافِ مسألتنا، فإنَّ الأصلَ فيها الجوازُ لكونِهِ تصرُّفاً في خالصِ حقِّهِ، فالحاقُّ المُشْكِلِ فيها بالمُشْكِلِ في الأولى غيرُ صحيح، فافهم ^(٦).

(١) انظر تعليقنا الرابع.

(٢) في "و": ((إذا)).

(٣) "الخانية": كتاب الصلح - باب في الحيطان والطرق ومحاري الماء ١١٧/٣ (هامش "الفتاوى الهندية").

(٤) هو الشيخ صالح بن محمد التمرتاشي (ت ١٠٥٥ هـ) على ما يتبادر من سابقه ومن نقله عنه كثيراً. انظر "ط" ٢١٦/٣.

(٥) في "م": ((علمت مع أن))، وهو خطأ.

(٦) في "٣": زيادة: ((والله سبحانه أولى وأعلم)).

وهذا^(١) آخرُ ما حرَّره المؤلفُ بخطِّه من هذا الجزء، وأما بقيَّة الأجزاء
فتمَّمتها بنفسه قبل حُلُولِ رَمْسِهِ، فبادرَ نَجْلُهُ السَّعِيدُ،
السَّيِّدُ "محمَّد علاء الدِّين" إلى تكملةِ الجزءِ المذكورِ
بتجريدِ الهوامشِ التي بخطِّ والدهِ
وغيرِها على "الشَّرح" فقال:

انتهى بفضل الله تعالى ومنه الجزء السادس عشر
ويليه الجزء السابع عشر
وأوله: تتممة مسائل شتى

(١) في "الأصل": انتهى المؤلف إلى هنا في محرم سنة ١٢٥٢، والظاهر أنه من حدِّ مسائل شتى لم يحرِّره بالإعادة عليه؛
لأنَّ المسوَّدة من قَبْلِ هذا معنونة بالأحمر، بخلافها هنا، رحمه الله آمين، وكانت وفاته ضحوة نهار الأربعاء الحادي

والعشرين من ربيع الثاني سنة ١٢٥٢.

وفي "أ": ((وعند وُصُولِ المؤلفِ إلى هذا المحلِّ جَفَّ قَلَمُهُ - وأجاب داعي ربه، وقَضَى نَحْبَهُ نورُ الله ضريحه
وروح روجه - بعد كتابة الجزء الرابع الذي بتمامه يتم "رد المحتار على الدر المختار")).

الاستدراكات

الاستدراكات

الاستدراكات	الصحيفة
الاستدراكات على العلامة ابن عابدين رحمه الله	٦١٣
الاستدراكات على المطبوعة البولاقية	٦١٤
الاستدراكات على المطبوعة الميمنية	٦١٤
الاستدراكات على تقارير الرافعي	٦١٧

الاستدراكات على العلامة ابن عابدين رحمه الله تعالى *

هامش	صحيفة	تسلسل
٦	٣٥٣	١٦
٧	٣٩٧	١٧
٥	٤١٥	١٨
٢	٤٣١	١٩
٢	٤٥٠	٢٠
٥	٤٥٣	٢١
١	٤٥٥	٢٢
٤	٤٧٩	٢٣
٢	٥٣١	٢٤
٢	٥٤٨	٢٥
٤	٥٨٦	٢٦
٢	٥٩٥	٢٧
٥	٥٩٦	٢٨
٤	٥٩٧	٢٩

هامش	صحيفة	تسلسل
٣	٢٨	١
٢	٥٣	٢
٥	٦١	٣
٤	١٠٦	٤
١	١٣٢	٥
٦ - ٤	١٣٣	٦
٧	١٣٥	٧
٢	١٥١	٨
٢	١٥٢	٩
٢	١٥٥	١٠
٨	١٨١	١١
١	١٩٤	١٢
٢	٢٦٤	١٣
٩	٢٨٧	١٤
٤	٣١١	١٥

❖ سبقت الإشارة - في مقدمة هذا الكتاب عند الحديث على توثيق النصوص - إلى أنَّ العلامة ابن عابدين رحمه الله كان يتمتع بأمانة علمية بالغة وحذق كبير في نقله عن كتب المذهب، أو في تقريره للمسائل العلمية، ولكن الله تعالى أبى العصمة إلا لكتابه، فكان ثمة استدراكات أشرنا إلى مواضعها في الجداول الآتية، نضعها بين أيدي أهل العلم والفقهاء للمدرسة والبحث والاطلاع، شاكرين لكل من يتقدم إلينا بتسديد مبني على دليل وتعليل، والله الموفق للصواب.

الاستدراكات على المطبوعة البولاقية

هامش	صفحة	تسلسل
٥ - ١	٤١٥	٢٤
٢	٤٣١	٢٥
٢	٤٥٠	٢٦
٥	٤٥٣	٢٧
١	٤٥٥	٢٨
٦	٤٦٥	٢٩
٣ - ١	٤٧٩	٣٠
٤	٤٧٩	٣١
٥	٤٨٤	٣٢
٢	٤٨٥	٣٣
٦	٤٨٧	٣٤
١	٥٠٧	٣٥
٩	٥١٧	٣٦
٢	٥٣١	٣٧
٣	٥٣٣	٣٨
٢	٥٣٧	٣٩
٢	٥٤٩	٤٠
٤	٥٨٦	٤١
٣	٥٩٠	٤٢
٢	٥٩٥	٤٣
٥	٥٩٦	٤٤
٤	٥٩٧	٤٥
٣	٥٩٨	٤٦

هامش	صفحة	تسلسل
٣	٢٦	١
٥	٦١	٢
٤	٨٧	٣
٢	١٥١	٤
٢	١٥٢	٥
١	١٧٧	٦
٧ - ٦	١٧٩	٧
١	١٩٤	٨
٥	٢١٥	٩
١	٢٥١	١٠
٢	٢٦٤	١١
١	٢٨٦	١٢
٩	٢٨٧	١٣
٤	٣١١	١٤
٥	٣٢٣	١٥
٦	٣٥٣	١٦
٨	٣٧٨	١٧
٢	٣٧٩	١٨
١	٣٨١	١٩
٦	٣٨٣	٢٠
٧	٣٩٧	٢١
٣	٤٠٠	٢٢
٣	٤١٠	٢٣

الاستدراكات على المطبوعة الميمنية

هامش	صحيفة	تسلسل
٤	٢٧٤	٢٤
٨	٢٨٠	٢٥
٩	٢٨٧	٢٦
٤	٢٨٩	٢٧
٤	٣١١	٢٨
٥	٣٢٣	٢٩
٢	٣٣٨	٣٠
٨	٣٤٠	٣١
٥	٣٤١	٣٢
٩	٣٤٨	٣٣
٦	٣٥٣	٣٤
٥	٣٧٧	٣٥
٨	٣٧٨	٣٦
٢	٣٧٩	٣٧
١	٣٨١	٣٨
٦	٣٨٧	٣٩
١٠	٣٨٨	٤٠
٧	٣٩٧	٤١
٤	٤٠٥	٤٢
٢	٤٠٨	٤٣
٣	٤١٠	٤٤
٥	٤١٥	٤٥
٢	٤٣١	٤٦

هامش	صحيفة	تسلسل
٦	٢٧	١
٧	٢٨	٢
٥	٦١	٣
٣	٦٧	٤
١	٩٩	٥
٨	١٠٤	٦
١٠	١١٢	٧
٢	١٣٠	٨
١	١٣١	٩
٢	١٥١	١٠
٢	١٥٢	١١
١	١٧٧	١٢
٦	١٧٩	١٣
١	١٩٤	١٤
٢	٢١٠	١٥
١	٢٢٦	١٦
٩	٢٣٥	١٧
١	٢٣٦	١٨
٧	٢٣٧	١٩
١١	٢٤٤	٢٠
٣	٢٤٧	٢١
٢	٢٦٤	٢٢
٥	٢٧٣	٢٣

هامش	صحيفة	تسلسل
٩	٥١٧	٦٠
١	٥١٩	٦١
٢	٥٣١	٦٢
٣	٥٣٣	٦٣
٣	٥٤٠	٦٤
٥	٥٤٥	٦٥
٢	٥٤٩	٦٦
٢	٥٧٧	٦٧
٤	٥٨٦	٦٨
٣	٥٩٠	٦٩
٢	٥٩٥	٧٠
٥	٥٩٦	٧١
٤	٥٩٧	٧٢

هامش	صحيفة	تسلسل
٧	٤٤٧	٤٧
٤ - ٢	٤٤٩	٤٨
٤ - ٢	٤٥٠	٤٩
٥	٤٥٣	٥٠
١	٤٥٥	٥١
٨	٤٦٥	٥٢
٤	٤٧٩	٥٣
١	٤٨١	٥٤
٧	٤٨٤	٥٥
٣	٤٩٨	٥٦
٥	٥٠٠	٥٧
١	٥٠٧	٥٨
٢	٥١١	٥٩

الاستدراكات على تقارير الرافعي

هامش	صحيفة	تسلسل
٢	٥٧	١
٤	١٣١	٢
٥	٢١٦	٣
٥	٢٥٢	٤
٥	٢٩٥	٥
٩	٣٤٩	٦
٣	٤١٦	٧
٦	٤٢٣	٨
٧	٤٥٠	٩
٤	٤٦٣	١٠
٣	٤٨١	١١
٤	٥٢٠	١٢
٨	٥٣٦	١٣

فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات

الصحيفة

الموضوع

كتاب الكفالة

٥ كتاب الكفالة
٥ تعريف الكفالة لغةً
٩ تعريف الكفالة شرعاً
٩ مطلب في تعريف الذمة
١١ اختلف في تعريف الكفالة
١٤ ركن الكفالة
١٤ شرط الكفالة
١٥ مطلب: شرائط المكفول
١٦ مطلب في كفالة نفقة الزوجة
١٧ حكم الكفالة
١٨ أهل الكفالة
٢٢ دليل الكفالة
٢٧ مطلب: تصحُّ كفالة الكفيل
٣١ مطلب: لفظ ((عندي)) يكون كفالة بالنفس ويكون كفالة بالمال
٣٣ مطلب: "كافي الحاكم" هو العُمة في نقل نصِّ المذهب
٣٥ مطلب: لو قال: أنا أعرفه لا يكون كفيلاً
٣٧ مطلب في الكفالة المؤقتة
٤٧ مطلب: كفالة النفس لا تبطل بإبراء الأصيل، بخلاف كفالة المال
٥٧ مطلب: حادثة الفتوى

الصحيفة

الموضوع

- ٦٠ مطلبٌ في المواضع التي ينصبُّ فيها القاضي وكيلاً بالقبض عن الغائب المتواري
- ٦٨ مطلبٌ في تعزيز التَّهَم
- ٦٩ مطلبٌ: لا يلزم أحداً إحضارُ أحدٍ إلا في أربع
- ٧٢ القاضي يأخذ كفيلاً بإحضار المدَّعى به والمدَّعى عليه إلا في أربع
- ٧٤ مطلبٌ في كفالة المال
- ٧٥ مطلبٌ: كفالة المال قسمان: كفالة بنفس المال وكفالة بتقاضيه
- ٨٢ مطلبٌ في ضمان الدَّرَك
- ٩٩ مطلب في تعليق الكفالة بشرطٍ غير ملائم وفي تأجيلها
- ١٠١ لا تصحُّ الكفالة بجهالة المكفول عنه
- ١٠٣ لا تصحُّ الكفالة بجهالة المكفول له وبه
- ١١١ مطلب في ضمان المهر
- ١٣١ مطلب فيما يبرأ به الكفيلُ عن المال
- ١٣٢ لو أبرأ الطالبُ الأصيلُ أو أجَّله برئ الكفيلُ
- ١٣٥ مطلبٌ: لو كَفَلَ بالقرض مؤجَّلاً تأجَّلَ عن الكفيل دون الأصيل
- ١٤٧ مطلبٌ في بطلان تعليق البراءة من الكفالة بالشرط
- ١٥١ لا يستردُّ أصيلٌ ما أدَّى إلى الكفيل
- ١٦١ مطلبٌ: بيع العينة
- ١٦٢ حكم بيع العينة
- ١٧٧ مطلبٌ هل تصحُّ الكفالة بالجبايات الموظَّفة على الناس بغير حقٍّ؟
- ١٨٦ مَنْ قام عن غيره بواجبٍ بأمره رَجَعَ بما دَفَعَ وإن لم يشترطه إلا في مسائل
- ١٨٩ مصادرة السُّلطان لأرباب الأموال لا تجوز إلا لعمَّال بيت المال

الصحيفة

الموضوع

باب كفالة الرّجلين

- ١٩٥ باب كفالة الرّجلين.
- ١٩٧ حكم ما لو كفلا عن رجل بشيء بالتعاقب
- ١٩٩ حكم ما لو افترق المفارضان وعليهما دَيْنٌ

كتاب الحوالة

- ٢٠٧ كتاب الحوالة
- ٢٠٧ تعريف الحوالة لغةً
- ٢٠٧ تعريف الحوالة شرعاً
- ٢٠٩ هل تُوجِبُ الحوالةُ البراءةَ من الدّينِ المصحّح؟
- ٢١١ مطلبٌ: شروط صحّة الحوالة
- ٢١٨ مطلب في حوالة الغازي وحوالة المستحقّ من الوقف
- ٢٢٨ حكم ما لو اختلف المحتال والمحيل في موت المحتال عليه مقلساً
- ٢٣٣ حكم الحوالة المقيّدة
- ٢٣٩ مطلب في تأجيل الحوالة
- ٢٤٠ مطلب في السّفْتَجَة، وهي البوليصَة
- ٢٤٣ حكم ما لو قضى المستقرض أجود مما استقرض
- ٢٤٥ فرع الأب أو الوصي إذا احتال بمال اليتيم إلخ

كتاب القضاء

- ٢٤٧ كتابُ القضاء
- ٢٤٨ تعريف القضاء لغةً وشرعاً

الموضوع	الصفحة
مطلب في قولهم: القضاء مظهر لا مثبت	٢٤٩
أركان القضاء	٢٤٩
مطلب: ترجمة ابن الغرس	٢٥٠
مطلب في التنفيذ	٢٥١
مطلب: أمر القاضي هل هو حكم أو لا؟	٢٥٢
مطلب: الحكم الفعلي	٢٥٣
المحكوم به أربعة أقسام	٢٥٣
بيان طريق القاضي إلى الحكم	٢٥٥
بيان طريق ثبوت الحكم	٢٥٦
أهل القضاء أهل الشهادة	٢٥٧
هل الفاسق أهل للقضاء؟	٢٦٠
حكم تقليد الفاسق القضاء	٢٦١
مطلب في قضاء العدو على عدوه	٢٦٥
مطلب: لا يعتد على فتوى المفتي الفاسق مطلقاً	٢٧١
مطلب: يشترط في المفتي أن يكون متيقظاً يعلم حيل الناس ودسائسهم ...	٢٧٣
حكم إفتاء الأخرس	٢٧٤
مطلب: هل يُفتي القاضي؟	٢٧٥
مطلب: يُفتى بقول "الإمام" على الإطلاق	٢٧٦
مطلب: الفتوى على قول "أبي يوسف" فيما يتعلق بالقضاء	٢٧٦
هل يُشترط المصر لنفاذ القضاء؟	٢٨١
مطلب في الكلام على الرشوة والهدية	٢٨٢

الموضوع	الصحيفة
هل ينفذ حكم القاضي إذا ارتشى؟	٢٨٦
مطلب: السُّلْطَانُ يصيرُ سلطاناً بأمرين	٢٩٠
مطلب في تفسير الصَّلاح والصَّالح	٢٩٣
مطلب في الاجتهاد وشروطه	٢٩٤
مطلب: طريق النَّقل عن المجتهد	٢٩٦
مطلب: لا يلزم التواتر بكون ذلك الكتاب هو المسمى بذلك الاسم، بل يكفي غلبة الظن	٢٩٧
طالبُ الولاية لا يؤلَّى إلا إذا تعيَّن عليه القضاء، فيجب عليه الطَّلَبُ ...	٣٠٥
مطلب: للسُّلْطَانُ أن يقضي بين الخصمين	٣٠٩
لو تعيَّن عليه القضاء هل يجبر على القبول لو امتنع؟	٣٠٩
مطلب: ما كان فرض كفاية يكون أدنى فعله الندب	٣١٠
مطلب: "أبو حنيفة" دُعِيَ إلى القضاء ثلاث مرات فأبى	٣١٠
يحرم على مَنْ لم يكن أهلاً للقضاء الدُّخول فيه قطعاً	٣١١
حكم تقلّد القضاء من السلطان العادل والجائر	٣١٦
مطلب في حكم تولية القضاء في بلاد تغلب عليها الكفار	٣١٧
مطلب في العمل بالسجلات وكتب الأوقاف القديمة	٣٢٤
مطلب في أجرة المُحضِّر الذي يُحضِّر الخصم	٣٣١
مطلب في هدية القاضي	٣٣٢
مطلب في حكم الهدية للمفتي	٣٣٨
يردُّ القاضي الهدية إلا من أربع	٣٣٩
حكم تلقين القاضي الشاهد شهادته	٣٤٩

الصحيفة

الموضوع

فصل في الحبس

٣٥٥ فصل في الحبس
٣٥٥ دليل مشروعيته
٣٥٥ تعريفُ الحبس لغةً
٣٥٨ بيان من أحدث السجن من الصحابة
٣٦١ صفةُ السَّجْنِ
٣٦١ مطلب: لا تُحبسُ زوجته معه لو حبسته
٣٦٣ هل يخرج السجن إلى الجمعة والجماعة والحجّ والجنّازة؟
٣٦٥ هل يضرب السجن؟
٣٦٨ يُجعلُ للنساء سجنٌ على حدة نفياً للفتنة
٣٧٦ مطلب: إذا تعارض ما في المتون والفتاوى فالمعتمد ما في المتون
٣٨٠ صوراً لا يُحبسُ المرءُ فيها
٣٨٤ حكم ما لو ادّعى المديونُ الفقرَ
٣٩٢ إن لم يظهر للمديون مالٌ خلاه بلا كفيل إلا في ثلاث
٣٩٤ لو للمديون عقار يحبس لبيعه ويقضي الدين
٣٩٥ مطلب في ملازمة المديون
٣٩٨ مطلب: "عزمي زاده" ليس من أهل التصحيح
٣٩٩ مطلب: بيّنة اليسار أحقُّ من بيّنة الإعسار عند التعارض
٤٠٢ هل يحبس لما مضى من نفقة زوجته وولده؟
٤٠٣ هل يُحبس إذا أبى أن يتفق عليهما؟
٤٠٥ لا يُحبسُ أصلٌ وإن علا في دين فرعه

الموضوع	الصحيفة
مطلب في استخلاف القاضي نائباً عنه	٤٠٦
مطلب في عموم النكرة في سياق الشرط	٤١٤
مطلب: ما ينفذ من القضاء وما لا ينفذ	٤١٥
ينقسم الحكم إلى ثلاثة أقسام	٤١٦
مطلب مهم في قولهم: يُشترطُ كونُ القاضي عالماً باختلاف الفقهاء ...	٤١٧
مطلب مهم في الحكم بالوجوب	٤٢٤
مطلب: المَوْجِبُ على ثلاثة أقسام	٤٢٦
مطلب في الحكم بما خالف الكتاب أو السنة أو الإجماع	٤٣١
مطلب في الفرق بين القضاء بنكاح المتعة والقضاء بالنكاح الموقت	٤٤١
القضاء يَصِحُّ في موضع الاختلاف لا الخلاف	٤٤٩
الفرق بين الاختلاف والخلاف	٤٥٠
مطلب: يوم الموت لا يدخل تحت القضاء	٤٥١
يوم الموت لا يدخل تحت القضاء إلا في مسائل	٤٥٦
مطلب في القضاء بشهادة الزور	٤٥٧
مطلب مهم: المقضيُّ له أو عليه يتبع رأي القاضي وإن خالف رأيه	٤٦٢
مطلب في قضاء القاضي بغير مذهبه	٤٦٣
مطلب: حكمُ الحنفيِّ بمذهب "أبي يوسف" أو "محمد" حكمٌ بمذهبه ...	٤٦٤
مطلب: الحكم والفتوى بما هو مرجوح خلاف الإجماع	٤٦٧
مطلب في أمر الأمير وقضائه	٤٦٨
مطلب في القضاء على الغائب	٤٦٩
مطلب فيمن ينتصب خصماً عن غيره	٤٧٣

الصحيحة

الموضوع

- مطلب: المسائل التي يكون القضاء فيها على الحاضر قضاءً على الغائب ٤٧٨
- حكم ما لو قضى على الغائب بلا نائب ٤٨٦
- مطلب في القضاء على المُسَخَّر ٤٨٩
- مطلب في الخصم إذا اختفى في بيته ٤٩١
- مطلب في بيع التركة المستغرقة بالدين ٤٩٢
- مطلب: دفع الورثة كرمًا من التركة إلى أحدهم ليقضي دين مورثهم فقضاه صحَّ ٤٩٤
- مطلب: للقاضي إقراض مال اليتيم ونحوه ٤٩٥
- مطلب فيما لو قضى القاضي بالجور ٥٠٠
- مطلب: إذا قاس القاضي وأخطأ فالخصومة للمدعى عليه مع القاضي والمدعى يوم القيامة ٥٠١
- مطلب: القضاء مظهر لا مُثَبِّت ٥٠٢
- مطلب: القضاء يقبل التقييد والتعليق ٥٠٢
- مطلب في عدم سماع الدعوى بعد خمس عشرة سنة ٥٠٧
- مطلب: هل يبقى النهي بعد موت السلطان؟ ٥٠٨
- تنبيهات مهمة ٥١٠
- مطلب: إذا ترك الدعوى ثلاثاً وثلاثين سنة لا تسمع ٥١٣
- مطلب: باع عقاراً وأحد أقاربه حاضر لا تسمع دعواه ٥١٤
- مطلب: طاعة الإمام واجبة ٥١٤
- مطلب: لا يجوز للقاضي تأخير الحكم إلا في ثلاث ٥١٧
- مطلب: لا يصح رجوع القاضي عن قضائه إلا في ثلاث ٥١٨
- مطلب في حكم القاضي بعلمه ٥١٩
- مطلب: فِعْلُ القاضي حكمٌ ٥١٩

الموضوع	الصحيفة
مطلب: القضاء القولي يحتاج للدعوى، بخلاف الفعلي والضمني	٥٢٠
مطلب في القضاء الضمني	٥٢١
مطلب: أمر القاضي حكم	٥٢٣
مطلب: يُحلّف القاضي غريم الميت	٥٢٣
مطلب: أن للسلطان مخالفة أمر الواقف لو غاليه قرى ومزارع	٥٢٦
مطلب في حبس الصبي	٥٢٧
مطلب: جملة من لا يجبس عشرة	٥٣٠
باب التحكيم	
باب التحكيم	٥٣٢
تعريف التحكيم لغة وعرفاً	٥٣٢
ركن التحكيم	٥٣٣
شرط التحكيم من جهة المحكم	٥٣٣
شرط التحكيم من جهة المحكم	٥٣٤
مطلب: حكم بينهما قبل تحكيمه ثم أجازاه جاز	٥٣٦
هل يصح التحكيم في كل المجتهديات؟	٥٣٩
هل يصح حكمه لأبويه وولده وزوجته؟	٥٤٣
المحكم كالقاضي إلا في مسائل	٥٤٥
باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره	
باب كتاب القاضي إلى القاضي	٥٥٠
القاضي يكتب إلى القاضي بغير حد وقود	٥٥١
مطلب: عبارة القاضي إلى القاضي أقوى من كتابته إليه	٥٥١
مطلب: السجل الحكمي محكوم به دون الكتاب الحكمي	٥٥٤
مطلب: لا يعمل بالخط	٥٥٩

الموضوع	الصحيفة
مطلب في العمل بما في الدفاتر السلطانية	٥٦١
مطلب في دفتر البياع والصراف والسمسار	٥٦٢
مطلب: دفاتر التجار في الحسابات اليوم دليل معتبر إلخ	٥٦٤
لا بد من مسافة ثلاثة أيام بين القاضيين	٥٦٧
بيان ما يطل به كتاب القاضي	٥٦٨
هل الكتابة بعلمه كالقضاء بعلمه؟	٥٧١
مطلب في قضاء القاضي بعلمه	٥٧٢
مطلب في جعل المرأة شاهدة في الوقف	٥٧٧
مطلب: لا يصح تقرير المرأة في وظيفة الإمامة	٥٧٩
مطلب: لا يصح تولية السلطان مدرساً ليس بأهل	٥٧٩
مطلب في تعريف أهلية التدريس	٥٨٠
مطلب في توجيه الوظائف للابن ولو صغيراً	٥٨٠
مطلب: شهادة الجند للأمير إلخ	٥٨٣
حكم قضاء القاضي لمن لا تقبل شهادته له	٥٨٦
مسائل شتى	
مسائل شتى	٥٨٩
مطلب فيما لو انهدم المشترك وأراد أحدهما البناء وأبى الآخر	٥٩٢
جدار بينهما ولكل منهما حمولة فوهى الحائط	٥٩٥
مطلب في فتح باب آخر للدار	٥٩٧
مطلب: اقتسموا داراً وأراد كلّ منهم فتح باب لهم ذلك	٦٠٢
مطلب: ليس للجار أن يحدث في داره ما يضرّ تجاره ضرراً فاحشاً	٦٠٥
الاستدراكات	٦١١
فهرس الموضوعات	٦١٩

**AL -Fatih Al-Islami Institute
Studies and Research Dept.
Damascus**

INTERPRETATION OF IBN ABDEEN (HASHIET IBN ABDEEN)

16

*By
Muhammad Amin Ibn Omar Abdeen*

Supervised by: Dr. Hosam Adeen FARFOUR

*Head of the specialized Studies Dept.
Al-Fath Al-Islami Institute*

*Edited by:
Al-Thakafah Wattourath Publishing House
Damascus*